



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia política
Unidad de Posgrado

La oferta al público: análisis jurídico, problemática y Propuesta

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

José Julio MENDOZA ANTEZANA

ASESOR

Hernando MONTOYA ALBERTI

Lima, Perú

2017



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Mendoza, J. (2017). *La oferta al público: análisis jurídico, problemática y propuesta*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

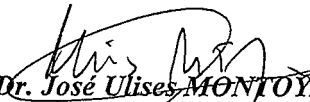
En la ciudad de Lima, a los veintiún días del mes de junio del año dos mil diecisiete, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Ulises Montoya Alberti y con la asistencia de los Profesores: Mg. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, Dr. Hernando Montoya Alberti, Mg. Jairo Napoleón Cieza Mora, Mg. Saulo Yensky Peralta Francis, y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller **José Julio MENDOZA ANTEZANA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LA OFERTA AL PÚBLICO. ANÁLISIS JURÍDICO, PROBLEMÁTICA Y PROPUESTA"**.

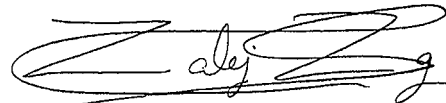
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

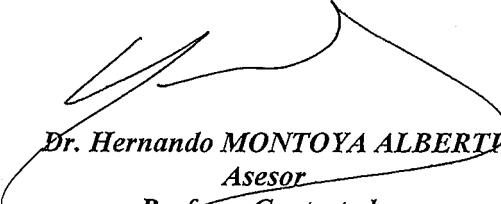
Aprobado por unanimidad con la nota de Diecinueve
Excelente (19)

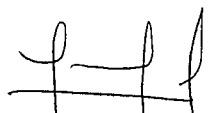
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho **José Julio MENDOZA ANTEZANA**.

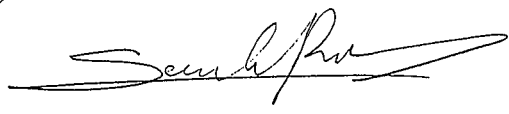
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Ulises MONTAÑA ALBERTI
Presidente
Profesor Principal


Mg. Carlos Alejandro CORNEJO GUERRERO
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Hernando MONTAÑA ALBERTI
Asesor
Profesor Contratado


Mg. Jairo Napoleón CIEZA MORA
Jurado Informante
Profesor Contratado


Mg. Saulo Yensky PERALTA FRANCIS
Miembro
Profesor Contratado

DEDICATORIA

A mis padres, José Julio César y Marcia Dina, cuyo ejemplo, guía y amor constituyen ingredientes indispensables en mi vida.

Este trabajo, así como cada paso que he dado, está inspirado y ha sido posible por ellos.

AGRADECIMIENTOS

A cada uno mis profesores de la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, por sus enseñanzas tanto jurídicas como personales.

A los diversos familiares, colegas y amigos que me acompañaron en esta travesía académica, por ayudarme a enriquecer este trabajo.

A Ariana, por siempre estar conmigo.

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	1
Aspectos metodológicos.....	3
i. Situación problemática.....	3
ii. Formulación del problema.....	9
iii. Justificación teórica y práctica.....	10
iv. Estado de la cuestión.....	11
v. Objetivos.....	12
v.1 Objetivo general.....	12
v.2 Objetivos específicos.....	12
vi. Tipo y diseño de la investigación.....	13
Capítulo 1: Nociones generales sobre la formación de los contratos.....	15
1.1 Sobre la formación de los contratos.....	15
1.2 Autonomía privada y contrato.....	17
1.2.1 La libertad contractual.....	19
1.2.2 Fuerza obligatoria de los contratos.....	19
1.3 El consentimiento como génesis negocial.....	20
1.3.1 Teorías sobre la voluntad y su declaración.....	26
1.3.2 El consensualismo contractual en el derecho nacional.....	27
1.4 Necesidad de exteriorización de la voluntad.....	29
1.5 Carácter objetivo de la voluntad contractual.....	30
Capítulo 2: La oferta contractual.....	32
2.1 Elementos de la oferta.....	34
2.2 Vinculatoriedad de la oferta.....	38

2.3 Revocación de la oferta.....	45
2.4 Plazo de la oferta.....	46
2.5 Distinción con otras figuras.....	47
2.6 La policitación.....	49
2.7 Momento de la convergencia de voluntades.....	51

Capítulo 3: Crisis de la contratación clásica y la contratación en masa..... 57

3.1 Causas y manifestaciones.....	62
3.2 Contratos por adhesión y con cláusulas generales de contratación.....	65
3.3 La libertad de contratar en la contratación en masa.....	67
3.4 Consecuencia de la difusión de la contratación en masa.....	67
3.5 Importancia de los nuevos esquemas contractuales.....	69

Capítulo 4: Regulación civil de la oferta al público..... 71

4.1 Referencias históricas respecto al tratamiento de la Oferta al Público en el Código Civil.....	71
4.2 Delimitación de la Oferta al Público.....	74
4.3 La Oferta al Público como invitación a ofrecer.....	77
4.3.1 La invitación a ofrecer como mecanismo para evitar potenciales incumplimientos contractuales.....	81
4.3.2 Efectos de la concepción civilista de la Oferta al Público como invitación a ofrecer...	83
4.4 La Oferta al Público como una oferta vinculante en el ámbito civil.....	86
4.4.1 La Oferta al Público como una declaración recepticia.....	91
4.4.2 Alcances de la aceptación de la Oferta al Público.....	92
4.4.3 Las ofertas relativas a contratos de carácter personalísimo.....	93

Capítulo 5: Oferta al público dentro del Derecho al Consumidor..... 95

5.1 Protección jurídica reforzada a los consumidores en el mercado.....	95
5.1.1 La asimetría informativa en las relaciones de consumo.....	97

5.1.2 La vulnerabilidad del consumidor.....	100
5.2 Evolución legislativa del derecho al consumidor en el Perú y su regulación de la Oferta al Público.....	104
5.3 Reconocimiento constitucional de la protección al consumidor.....	107
5.4 La relación de consumo y el ámbito de aplicación de las normas de protección al consumidor.....	110
5.5 El contrato de consumo.....	117
5.5.1 Concepto y alcances.....	117
5.5.2 Reglas básicas aplicables.....	119
5.6 La publicidad comercial.....	127
5.6.1 Concepto y funciones.....	130
5.6.2 Sujetos y mensaje publicitario.....	132
5.6.3 Principios que rigen la publicidad comercial.....	135
5.6.4 La publicidad de promociones.....	142
5.6.5 Finalidad concurrencial como presupuesto para la aplicación de las normas de represión de la competencia desleal.....	143
5.7 Integración de la publicidad al contrato.....	144
5.8 Materialización de la Oferta al Público.....	148
5.9 Lo ofrecido al público como parámetro de idoneidad.....	150
5.10 La Oferta al Público como oferta vinculante en las relaciones de consumo.....	151
5.11 Las medidas correctivas en los procedimientos en materia de protección al consumidor.....	159

Capítulo 6: Jurisprudencia vinculada a la materia de análisis..... 161

6.1 Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la República.....	161
6.1.1 Caso CEOGNE San Agustín contra el INDECOPI (Exp. AV N° 455-99).....	161
6.1.2 Caso Guadalupe Goñi contra BBVA Banco Continental (Casación N° 2180-2014)....	163
6.1.3 Caso Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros contra Indecopi y Elba Catalina Ramos López (Casación N° 4255-2009 LIMA)	166
6.2 Jurisprudencia emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.....	167

6.2.1 Caso Mónica Razzeto contra Saga Falabella S.A. (Resolución Nº 0730-2002/TDC-INDECOPI).....	169
6.2.2 Caso Doris Toledo contra Cari Saldaña (Resolución Nº 0580-2007/TDC-INDECOPI).....	171
6.2.3 Caso María Milagros Augusto Shaw contra Tiendas por Departamento Ripley S.A. (Resolución Nº 0835-2012/SC2-INDECOPI).....	172
6.2.4 Caso Julio Joel Moscol Morales contra Universidad Nacional de Trujillo, Instituto Nacional de Capacitación Profesional y Magalie Amparo Vela Tuesta (Resolución Nº 1029-2010/SC2-INDECOPI).....	174
6.2.5 Caso Juan Emilio Armaza Contreras contra Derco Peru S.A. (Resolución Nº 2379-2013/SPC-INDECOPI).....	176

Capítulo 7: Legislación comparada vinculada a la materia de análisis..... 178

7.1 Legislación argentina.....	178
7.2 Legislación colombiana.....	181
7.3 Legislación mexicana.....	184
7.4 Legislación chilena.....	185
7.5 Legislación brasileña.....	186
7.6 Legislación española.....	188
7.7 Legislación italiana.....	190
7.8 Legislación francesa.....	191

Capítulo 8: Análisis crítico, conclusiones y propuestas..... 193

8.1 Concepción de la Oferta al Público.....	194
8.2 Escenarios donde se presenta la Oferta al Público y los sujetos involucrados.....	195
8.3 Regulación subjetivista de la Oferta al Público dentro de nuestro ordenamiento jurídico.....	200
8.4 Limitaciones de las reglas en materia de protección al consumidor y derecho de la competencia.....	203
8.5 Efectos de la Oferta al Público dentro del ordenamiento civil y necesidad	

de modificación.....	206
8.6 La Oferta al Público como oferta vinculante y su sustento.....	209
8.7 Concordancia entre la legislación civil y las normas de protección al consumidor y de represión de la competencia desleal.....	215
8.8 La Oferta al Público frente a las contraofertas.....	217
8.9 Momento en el cual se entiende efectuada la Oferta al Público.....	218
8.10 Efectos jurídicos de aquellos anuncios difundidos al público que no califiquen como Ofertas al Público.....	218
8.11 Conclusiones.....	219
8.12 Propuesta de modificación del Código Civil.....	223
Bibliografía.....	227

LISTA DE CUADROS

<i>Cuadro 1.</i>	Aplicación de las normas de protección al consumidor en función a los sujetos intervinientes en la Oferta al Público.....	198
<i>Cuadro 2.</i>	Interés de los sujetos que realizan una Oferta al Público en función al bien o servicio ofrecido.....	199
<i>Cuadro 3.</i>	Comparativo entre el texto actual del artículo 1374° del Código Civil y la propuesta de modificación.....	224
<i>Cuadro 4.</i>	Comparativo entre el texto actual del artículo 1384° del Código Civil y la propuesta de modificación.....	225
<i>Cuadro 5.</i>	Comparativo entre el texto actual del artículo 1388° del Código Civil y la propuesta de modificación.....	225

RESUMEN

El desarrollo de la economía de mercado ha generado que, a lo largo de los últimos años, se intensifique el empleo de mecanismos de contratación masiva y despersonalizada, tales como la difusión de propuestas mediante Ofertas al Público, en cuyo caso, el objeto de quien las efectúa suele ser colocar el producto o servicio respectivo, con prescindencia de las características personales de su contraparte.

No obstante, el Código Civil peruano establece que la Oferta al Público constituye, por regla general, una invitación a ofrecer (que no obliga a quien la realiza). En contraste, el Código de Protección y Defensa del Consumidor dota de carácter vinculante a esta clase de propuestas, por lo que lo ofrecido en ellas es exigible por los consumidores.

El presente trabajo desarrollará los aspectos jurídicos de la Oferta al Público, desde la doctrina, la jurisprudencia judicial y administrativa y la legislación comparada, para finalmente realizar un análisis crítico.

El resultado de ello, denota la necesidad de que nuestro sistema jurídico brinde un tratamiento uniforme a dicha figura, de manera que la regulación civil también la conciba como una real oferta contractual, fortaleciendo de esta forma la seguridad en las transacciones, y tutelando los intereses y expectativas de las partes involucradas.

Palabras clave: Oferta, Contrato, Oferta al Público, Publicidad, Consumidores, Aceptación, Consentimiento, Invitación a ofrecer.

ABSTRACT

The development of the market economy has led to the intensification of the use of massive and depersonalized contracting mechanisms, such as the dissemination of proposals through Offers to the Public, in which case, the aim of whom make these offers is usually to place the respective product or service, regardless of the personal characteristics of its counterpart.

However, the Peruvian Civil Code establishes that the Offer to the Public constitutes, as a general rule, an invitation to treat (which does not bind the person that makes it). In contrast, the Consumer Defense and Protection Code provide these types of proposals with binding force, and therefore, the offered content can be required by consumers.

The present work will develop the legal aspects of the Offer to the Public, from doctrine, judicial and administrative jurisprudence and comparative legislation, to finally carry out a critical analysis.

The result of this, denotes the need for our legal system to provide a uniform treatment to this figure, so that the civil regulation also conceives it as a real contractual offer, thus strengthening security in transactions, and protecting interests and expectations of the involved parties.

Keywords: Offer, Contract, Offer to the Public, Advertising, Consumers, Acceptance, Consent, Invitation to treat.

INTRODUCCIÓN

El hombre fue definido por Aristóteles como *zoon politikon*, o sea un animal ciudadano, cívico o social. Esto implica que el ser humano, como consecuencia de su civilización y cultura, ha dejado de ser autárquico para convertirse un sujeto interdependiente.

Esto por supuesto, ha generado a lo largo de la historia, la necesidad de establecer mecanismos de ordenación social que regulen las relaciones intersubjetivas de las personas y puedan constituir reglas claras orientadas hacia la justicia, la paz social y el bien común.

Conforme lo señaló el maestro Alzamora Valdez, dentro de los elementos integrantes de una definición del derecho, se encuentran: la conducta social del hombre como persona, la necesidad de regularla mediante un sistema de normas y los valores hacia los cuales debe orientarse esa conducta¹. Lo antes dicho, resulta transversal a toda rama jurídica, tanto actual como futura, por lo que el análisis integral de cualquier figura en el ordenamiento jurídico, deberá tener en cuenta ello.

Dentro del desenvolvimiento social de los individuos en comunidad, resulta ineludible que se establezcan vínculos entre ellos, con el objeto de satisfacer diversas necesidades y consolidar su desarrollo. Así, observamos que dentro del plano patrimonial, además de la delimitación de los derechos reales, emerge con primaria relevancia el derecho de obligaciones, y más precisamente, la regulación en materia contractual.

Esta afirmación se sustenta en el hecho que la creciente especialización de los individuos dentro de sus actividades en el mercado, genera la necesidad de que los mismos puedan intercambiar el producto de su labor. Por ello, el contrato constituye una poderosa herramienta por la cual los agentes económicos pueden satisfacer recíprocamente sus necesidades, de forma voluntaria y descentralizada; justificando ello su intenso estudio y

¹ Alzamora Valdez, Mario (1987) *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 10ª Edición. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., p. 41.

tratamiento por parte del Derecho, tanto a nivel normativo, como jurisprudencial y doctrinario.

En esta línea, uno de los pilares dentro de la dogmática civil en materia contractual versa sobre la formación de la voluntad y la celebración del contrato, estableciendo para ello un conjunto de reglas que permiten conocer los efectos jurídicos y vinculatoriedad de las manifestaciones de las partes involucradas y el momento en el cual se puede entender materializada la confluencia de las mismas y por ende, perfeccionado el contrato.

Ahora bien, la presente investigación versará sobre la Oferta al Público, lo cual constituye un tema de capital importancia en la estructura de comercialización de bienes y servicios masivos en las sociedades de consumo, no solo por su relevante efecto dentro de la configuración de una gran cantidad de relaciones contractuales, sino también por su diseminación como consecuencia del decaimiento de las negociaciones previas en los esquemas de comercialización a gran escala, propios de esta etapa de crisis de la contratación clásica.

Por ende, este trabajo estará enfocado a dilucidar la naturaleza jurídica de la “Oferta al Público” y los principales problemas hallados con relación a su regulación en el Código Civil peruano, para en base a ello, elaborar una propuesta de solución. Siendo así, se evaluarán no solo los efectos jurídicos normativamente asignados a la Oferta al Público en la etapa de formación del contrato, sino además sus efectos colaterales y relevancia al momento de realizar la interpretación contractual.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación Problemática

De la lectura del artículo 1351° del Código Civil peruano, se desprende que dicho cuerpo normativo concibe al contrato como aquel acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Asimismo, el artículo 1373° del Código Civil establece que el contrato queda perfeccionado o celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. De esta manera, queda patente la afiliación de nuestro sistema jurídico a la tesis consensualista, entendiendo que por regla general, basta el consentimiento de las partes (exteriorizado y coincidente) para que se entienda celebrado el contrato, con la fuerza vinculatoria que éste posee, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1361° del Código Civil.

Dentro de este escenario, encontramos la Oferta al Público, como aquella propuesta que está dirigida a un grupo indeterminado de personas (*ad incertam personam*), por medio de la cual quien la emite plantea a los destinatarios la celebración de uno o varios contratos².

Ahora bien, considerando que el contrato tiene como base el consentimiento de dos o más partes, es que se habla de una oferta y una aceptación para entender que se ha perfeccionado. En este orden de ideas, el artículo 1388° del Código Civil peruano ha establecido que la Oferta al Público vale, salvo afirmación en contrario, como invitación a ofrecer³.

² Ahora bien, la Oferta al Público debe distinguirse de la Promesa al Público, la cual está regulada en el artículo 1959° del Código Civil. A diferencia de la Oferta al Público, en el caso de la Promesa al Público, no se requiere una segunda declaración para generar la obligación del promitente a ejecutar una determinada prestación, sino que basta que una persona se encuentre en una determinada situación o realice un acto establecido.

³ **CÓDIGO CIVIL**
Artículo 1388°.- La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.
 Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

Esto significa que, dentro del esquema planteado en nuestra legislación civil, por regla general no se otorga a la Oferta al Público fuerza vinculante, pues únicamente implica una manifestación de voluntad sin un destinatario específico por la cual una persona natural o jurídica exterioriza su receptividad a recibir ofertas contractuales.

Este tratamiento otorgado a la Oferta al Público conlleva a la necesidad de verificar la concurrencia de al menos, tres manifestaciones de voluntad a fin de obtener la celebración de un contrato:

- a) La primera compuesta por la Oferta al Público efectuada por un sujeto, la cual solo constituye una invitación.
- b) La segunda que se exterioriza al momento que otra persona acepte dicha invitación y en base a ella, proponga al sujeto que realizó la Oferta al Público, la celebración del contrato en las condiciones publicitadas.
- c) La tercera consiste en la aceptación que deberá efectuar la persona que realizó la Oferta al Público respecto de la propuesta efectuada por aquella que acudió en virtud a su invitación.

El esquema antes expuesto denota que, en primer lugar, el Código Civil no considera la Oferta al Público como una verdadera oferta contractual, a menos que expresamente se le dé dicha condición. Por ello, en caso no se haga alguna indicación especial que indique su expresa obligatoriedad, la Oferta al Público no vincula a quien la efectúa, pues solo constituye una invitación a recibir ofertas, las cuales podría aceptar o rechazar, en ejercicio de su libertad de contratar.

Asimismo, lo antes señalado implica que la voluntad de quien o quienes acudan en mérito de la Oferta al Público efectuada no será suficiente para crear un vínculo contractual entre las partes involucradas, quedando tales efectos sujetos a la decisión

final de quien realizó la Oferta al Público primigeniamente. En tal sentido, bajo el esquema establecido en el Código Civil, la decisión del proveedor anunciante de no obligarse en los términos publicitados previamente por él mismo, será suficiente para que se entienda por no celebrado contrato alguno.

Como resulta fácil de desprender, la Oferta al Público tiene como finalidad buscar que la mayor cantidad de personas del sector objetivamente delimitado⁴ acudan ante el proponente a fin de celebrar uno o más contratos. Por ende, esta herramienta es empleada con frecuencia por parte de los proveedores de bienes y servicios masivos, para difundir los productos o servicios que ofrecen y lograr colocar la mayor cantidad de ellos en el mercado.

En vista de ello, las normas de protección al consumidor también contienen ciertas disposiciones que regulan los efectos de las Ofertas al Público efectuadas por un sujeto que califique como proveedor⁵, siempre que nos encontremos ante una relación de consumo o una situación de exposición a una relación de consumo⁶.

⁴ La extensión del público a quien se busca hacer llevar el mensaje dependerá de la masificación del producto o servicio ofrecido, la naturaleza de los destinatarios del mismo, la cantidad de unidades o prestaciones que se buscan introducir en el mercado, entre otras características.

⁵ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Título Preliminar, Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

2. Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.

⁶ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Título Preliminar, Artículo III.- Ámbito de aplicación

1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.
2. Las disposiciones del presente Código se aplican a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en éste.
3. Están también comprendidas en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor (aprobado por Ley N° 29571) consagra la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa o falsa, conteniendo disposiciones especiales referidas a la publicidad de promociones y las consecuencias en caso no se incluya determinada información en la pieza publicitaria⁷. Asimismo, el mismo cuerpo normativo señala que la evaluación de la idoneidad de un producto o servicio se realiza considerando, entre otros actores, la garantía explícita derivada de los términos u condiciones ofrecidos por el proveedor, incluso a través de su publicidad⁸.

En esta línea, el artículo 46° del dicho cuerpo normativo señala la oferta, promoción y publicidad de productos o servicios y lo ofrecido por dichos medios deviene en obligatorio para los proveedores, y en tal sentido, es exigible por parte de los consumidores, pese a que pueda no figurar en el documento contractual respectivo o en el comprobante de pago recibido⁹.

⁷ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 13°.- Finalidad

La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.
(...)

⁸ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 18°.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.
(...)

Artículo 20°.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

(...)

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

(...)

⁹ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 46°.- Integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Por otro lado, la Ley de Represión de la Competencia Desleal (aprobado por Decreto Legislativo N° 1044) ha tipificado los actos de engaño como una modalidad sancionable de competencia desleal, los cuales incluyen la difusión de anuncios publicitarios que puedan inducir a error sobre la naturaleza, características, condiciones, entre otros elementos de los productos o servicios ofrecidos en el mercado¹⁰. Complementariamente, dentro del Principio de Legalidad, se exige que en caso de promociones de venta, los anunciantes indiquen la duración y la cantidad mínima de unidades disponibles¹¹.

Si bien las normas antes señaladas están referidas a un esquema ordenador del mercado, en lo relativo a la protección de los consumidores y la leal competencia, constituyen elementos a considerar al momento de analizar de forma integral la Oferta al Público.

En tal sentido, nos encontramos frente a una situación en la cual se establecen deberes jurídicos al anunciante con relación a la información que traslade al mercado a través de su publicidad (la cual puede contener una Oferta al Público), tanto con relación a su veracidad como respecto a su contenido. Asimismo, se otorga consecuencias jurídicas a tales ofrecimientos, en la medida que impliquen una defraudación a las expectativas de los consumidores.

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8°.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 17°.- Actos contra el principio de legalidad.-

(...)

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

(...)

f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y

(...)

No obstante, la legislación civil no ha ido de la mano con esta concepción integral de las ofertas realizadas de forma despersonalizada, pues como ya ha sido señalado, su regulación en el artículo 1388° coloca al anunciante o agente económico que la efectúa en una posición en la cual podría negarse a contratar o variar los términos inicialmente publicitados, y de esta forma, desconocer lo ofrecido alegando el ejercicio de su libertad de contratar.

Asimismo, como se verá en su oportunidad, las normas de protección al consumidor solo son de aplicación en la medida que nos encontremos frente a un conflicto entre un proveedor y un consumidor. Por ende, sus disposiciones no serán aplicables a aquellas personas naturales o jurídicas, que en función a sus condiciones con relación al caso en concreto, no califiquen como consumidores en los términos de la norma; lo cual no enerva el hecho que puedan verse también afectadas por la no concreción de la Oferta al Público, pese a lo cual no existirían mecanismos que les permitan hacer efectivo y oponible lo publicitado, en mérito a lo establecido en el Código Civil.

Por otro lado, la aplicación de las normas de protección al consumidor por parte de la autoridad administrativa competente (Indecopi¹²), permite que en dicho procedimiento puedan imponerse sanciones y medidas correctivas, pero la reparación del daño eventualmente tendría que ser solicitada en un nuevo proceso judicial (en base a la infracción detectada y sancionada). Ello, pues bajo el Código Civil no podría sustentarse una eventual indemnización por inejecución de obligaciones, respecto de un contrato que, conforme al artículo 1388° del Código Civil, no se había celebrado, por haber mediado solo una invitación a ofrecer

Finalmente, es importante precisar que las normas de represión de la competencia desleal tienen como finalidad reencauzar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, por lo que más allá de la sanción que pueda imponerse al proveedor-anunciante y las medidas correctivas aplicables (como por ejemplo, retiro de la publicidad infractora), no se dará dentro de este procedimiento una medida que permita

¹² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

a los destinatarios de dicha Oferta al Público materializar en su caso concreto el ofrecimiento defraudado.

Todo esto implica una situación socialmente ineficiente, que puede incrementar los costos de transacción en el mercado así como los costos de búsqueda de los destinatarios de la Oferta al Público.

Siendo así, lo antes dicho constituye el marco introductorio de la problemática que se analizará en el presente trabajo de investigación jurídico – dogmático, la cual será abordada desde sus diversas aristas, considerando la diversidad de sujetos involucrados, relaciones y consecuencias jurídicas que la Oferta al Público genera en nuestro ordenamiento.

ii. Formulación del problema

Considerando a la conducta humana como objeto del sistema jurídico¹³, resulta de especial relevancia la interacción de las personas en sociedad y su natural interdependencia, a fin de poder determinar la necesidad de emitir una norma y por supuesto, establecer las consecuencias jurídicas a asignar a la conducta regulada, en base a los valores que la sociedad ha establecido como plausibles y criterios de justicia y eficiencia.

Es por ello que luego de exponer la situación problemática detectada en la normativa nacional con relación a la Oferta al Público, resulta de especial relevancia plantear el problema jurídico que motiva la presente investigación jurídica.

Se verifica entonces que problema formulado radica en determinar, mediante una aproximación dogmática y la lectura integrada de las normas de nuestro sistema normativo que tengan incidencia en este tema, la naturaleza jurídica de la Oferta al

¹³ Cabe tener en cuenta además que “(...) Las normas que regulan la conducta humana son preceptos que tiene como objetivo la realización de valores, por lo que determinan relaciones de deber y de poder, entre hechos que podrían no darse en la realidad. Enuncian por eso, lo que debe ser cumplido, aún cuando en la vida real no se realice”. Soto Gamboa, María de los Ángeles (1986) *Nociones Básicas de Derecho*. 2º Edición, San José, Editorial EUNED, p. 19.

Público y el alcance de sus consecuencias jurídicas, tanto en la configuración de los contratos respectivos como en la real eficacia de las condiciones propuestas en su oportunidad.

iii. Justificación teórica y práctica

La justificación teórica y práctica del problema jurídico antes planteado, y por ende, la de la presente investigación jurídica, se encuentra cimentada en su relevancia jurídica y trascendencia social.

Se ha podido observar que la Oferta al Público ha sido objeto de regulación directa por parte del Código Civil, no obstante la profundización de los preceptos de la economía social de mercado en el país, trajo consigo en su oportunidad el desarrollo de otras ramas jurídicas como el Derecho del Consumidor y el Derecho de la Competencia, que por su parte también han establecido reglas jurídicas aplicables a la Oferta al Público.

Este panorama nos muestra la necesidad de otorgar un tratamiento coherente y concordado a la Oferta al Público dentro del punto de vista teórico y en los diversos cuerpos normativos que regulan su naturaleza, modalidades, características y efectos. Además, es importante tener en cuenta su finalidad económica, de manera que su regulación coadyuve al dinamismo del mercado y tutele el legítimo interés de las partes involucradas.

Por otra parte, en el plano práctico, se debe señalar que el contexto actual en el que se desenvuelve el mercado (como consecuencia de los profundos cambios en el comercio y la industria vividos en el mundo en las últimas décadas), ha producido lo que se denomina “la crisis de la contratación clásica”; lo cual significa que aquella contratación clásica que tenía como premisa la paridad de las partes y que contaba con una etapa de negociación previa definida, se ha visto desplazada (aunque no suprimida) por la llamada “contratación en masa”, que se ha desarrollado bajo sustentos distintos.

Considerando lo antes expuesto y el hecho que dentro de la contratación masiva y despersonalizada se suele emplear la Oferta al Público como herramienta para poner a disposición los productos o servicios objeto de transacción; resulta de gran importancia establecer de forma clara la naturaleza jurídica de dicha clase de ofrecimientos y dilucidar sus efectos jurídicos, a fin de otorgar mayor seguridad a los agentes económicos (en especial los receptores de dichas Ofertas al Público), fortaleciendo así su confianza, reduciendo la asimetría informativa y los costos de transacción.

iv. Estado de la cuestión

Como se ha señalado, a nivel legislativo, actualmente la Oferta al Público tiene un doble tratamiento, tanto en la legislación civil como en las normas de protección al consumidor, lo cual incluso apareja la posibilidad de que el mismo hecho jurídico cuente con consecuencias distintas, en función del receptor de la propuesta.

Por otro lado, si bien dentro de la doctrina nacional se ha estudiado este tema, dichos esfuerzos se han realizado o bien desde una óptica civilista, o con miras al derecho del consumidor, por lo que considero que es de vital importancia desarrollar un completo análisis del tema, que compatibilice el derecho civil y del consumidor, comprendiendo también la regulación publicitaria y la experiencia comparada.

Es por eso que mediante este trabajo se pretende efectuar un análisis integral, con la finalidad de delimitar la situación jurídica actual, sus efectos prácticos, y en virtud a esto poder realizar los aportes y las propuestas necesarias para una regulación coherente y transversal de la Oferta al Público, respetando los principios constitucionales y guardando la equidad entre los derechos y deberes de los actores participantes.

v. Objetivos

v.1 Objetivo general

Esta investigación pretende efectuar un estudio exhaustivo de la naturaleza jurídica de la Oferta al Público, considerando su finalidad, expectativas generadas en los actores y efectos jurídicos; con la finalidad de presentar las líneas matrices sobre las cuales proponer una comprensión sistemática y multidisciplinaria de esta clase de ofrecimientos dentro de los esquemas contractuales contemporáneos, de forma acorde con los objetivos y valores que inspiran a nuestro ordenamiento jurídico y la dinámica propia del mercado.

Para tales fines, la presente investigación sustentará las razones de la insuficiencia de nuestra actual regulación sobre el tema en cuestión, lo cual se materializará en una propuesta de modificación legislativa.

v.2 Objetivos específicos

Los objetivos específicos del presente trabajo son los siguientes:

1. Identificar los escenarios en los cuales se presenta la Oferta al Público, los actores involucrados y sus intereses.
2. Delimitar la naturaleza jurídica de la Oferta al Público.
3. Analizar las normas vigentes en nuestro ordenamiento que de manera directa o indirecta regulan la Oferta al Público, sus mecanismos de difusión o efectos.
4. Identificar los efectos jurídicos que actualmente tiene la Oferta al Público en la etapa de perfeccionamiento de los contratos y su posterior interpretación, en función a las normas aplicables.

5. Determinar si es resulta pertinente mantener la regulación que realiza el Código Civil respecto de la Oferta al Público, que en principio, la considera como una invitación a ofrecer.
6. Analizar si la normatividad en materia de derecho del consumidor y de la competencia resulta suficiente para complementar lo señalado por el Código Civil o si es necesaria también una modificación.
7. Engarzar la normativa civil con el derecho del consumidor en relación con la Oferta al Público, de manera que se preserve la estructura y efectos del sistema de contratación civil (vinculatoriedad de los contratos, responsabilidad por inejecución de obligaciones, entre otros) y a su vez se refuerce la adecuada tutela de los intereses de los destinatarios de dichas propuestas.

vi. Tipo y diseño de la investigación

El presente trabajo es una tesis jurídica, de tipo teórico-dogmático. En tal sentido, la evaluación del tema materia de investigación ha partido por la determinación de los preceptos doctrinarios que sustentan su existencia y aplicación.

Se trata de una investigación documental, explicativa y evaluativa, en la cual se ha ahondado en la doctrina nacional y extranjera, la normativa nacional desde el ámbito civil y en materia de protección al consumidor, la legislación comparada y la jurisprudencia judicial y administrativa emitida sobre el tema en cuestión.

Asimismo, se empleará el método deductivo, evaluando primero las premisas generales sobre las que se sostiene la figura jurídica estudiada (la Oferta al Público), para luego establecer la pertinencia de su regulación y cumplir con los objetivos de esta investigación.

Finalmente, con relación al diseño de la investigación, se observa que se trata de una investigación reflexivo – crítica, de carácter no experimental. Así, en una primera etapa, se realiza una construcción de corte explicativo, y sobre ello, se ha procedido a hacer un análisis crítico, a fin de extraer las conclusiones aplicables y las propuestas de modificación legislativa que considero apuntarían a brindar un tratamiento jurídico orgánico y eficaz a la Oferta al Público.

CAPÍTULO 1: NOCIONES GENERALES SOBRE LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

Nuestro Derecho Civil, por influencia del derecho europeo continental, se encuentra codificado, siendo la materia contractual profusamente legislada en el libro VII del Código Civil (Fuentes de las Obligaciones).

En la sección primera de dicho libro (Contratos en General), las disposiciones generales y el tema del consentimiento en la formación del contrato ocupan la primera parte y constituyen el pilar del sistema contractual, pues se regula la noción y efectos de los contratos y el procedimiento a seguir por los contratantes para su celebración.

Siendo así, a fin de tener una clara comprensión de los alcances y relevancia de la determinación de la naturaleza jurídica de la Oferta al Público, resulta importante delimitar algunos conceptos respecto al momento en el cual se entienden perfeccionados los contratos, teniendo en cuenta que justamente la oferta es la primera manifestación de voluntad dirigida a la ulterior celebración de un contrato, la cual produce efectos jurídicos respecto de quien la realiza (oferente) y su destinatario, el cual con su sola aceptación culminará con la etapa precontractual, celebrándose así el contrato y desplegando sus efectos obligatorios para las partes (Principio *Pacta Sunt Servanda*).

1.1 Sobre la formación de los contratos

De acuerdo a la definición de contrato dada por nuestro Código Civil en su artículo 1351° “*el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”. En tal sentido, se puede afirmar que un contrato es un acto jurídico, el mismo que al perfeccionarse da origen a una relación jurídica patrimonial, que a su vez tiene como objeto una o más obligaciones, las cuales a su vez pueden estar referidas a una prestación de dar, hacer o no hacer¹⁴.

¹⁴ Con respecto al campo de actuación del contrato, podemos citar unas líneas de la profesora argentina Marcela Tranchini “*al estudiar la noción del contrato en nuestro derecho positivo, la doctrina destaca su desenvolvimiento en el campo de los*

Si bien las obligaciones tienen diversas fuentes (la promesa unilateral, el enriquecimiento indebito o sin causa, la responsabilidad extracontractual y la gestión de negocios), *“las obligaciones emanadas de los contratos no sólo son sensiblemente las más frecuentes e importantes, sino que también las reglas de las obligaciones contractuales se aplican a las demás obligaciones derivadas de negocios jurídicos, siempre que de la unilateralidad de esos negocios jurídicos o de su naturaleza especial no resulte alguna desviación”*¹⁵.

Es en base al contrato que se estructura todo el tráfico jurídico-comercial en nuestro sistema, considerando su función de trasladar los recursos escasos de usos menos valiosos a usos más valiosos¹⁶, constituyendo de esta forma el mecanismo jurídico más expeditivo y eficiente para el nacimiento de obligaciones.

Ahora bien, el clásico profesor alemán Enneccerus señala que *“en los contratos en general rige el principio de la libertad de contratación; por el cual, los contratantes (cuando exista un interés digno de protección) pueden convenir relaciones obligacionales de cualquier contenido, mediante la celebración de contratos, siempre que no sean contrarias al orden público (prohibiciones legales) o las buenas costumbres”*¹⁷.

Este derecho a la libre contratación tiene reconocimiento constitucional, conforme se indica en el artículo 2º numeral 14 y el artículo 62º de la Constitución Política del Perú y

derechos patrimoniales. Por exclusión, quedan fuera del ámbito de la contratación los derechos extramatrimoniales; los derechos personalísimos, los de familia puros y los intelectuales en cuanto al derecho moral del autor”.

Tranchini, Marcela (1990) El Contrato y los Derechos Reales. En Stiglitz, Rubén (director) *Contratos. Teoría General*. Buenos Aires, Editorial Depalma, tomo I, p. 3.

¹⁵ Enneccerus, Ludwig (1954) *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, tomo II, p. 139.

¹⁶ *“A es propietaria de un producto que valora en 100 y que B valora en 120. B tiene interés en adquirir el producto de A, para lo cual está dispuesta a pagar cualquier suma inferior a 120. Por su parte, al valorar en 100 el producto, A estará dispuesta a venderlo a cualquier precio sobre 100. Los intereses de las partes son compatibles y por ello el producto se trasladará de un uso menos valioso a un uso más valioso (el bien pasa de A –que valora menos el bien. A B –que lo valora más-)”.*
Súmar Albújar, Oscar y Luis Miguel Velarde Saffer (2015) *Contratos: Teoría y Práctica. Aportes del derecho comparado*. Lima, Universidad de Pacífico, p. 21

¹⁷ Enneccerus, Ludwig, *Op. Cit.*, p. 142.

garantiza básicamente la autodeterminación de las partes para decidir la celebración o no de un contrato, la potestad de elegir a la persona con quien contratar y la prerrogativa que tienen los contratantes para establecer, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Asimismo, como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional¹⁸, estos contratos deben celebrarse sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Es importante destacar que la contratación no se reduce al mero intercambio de bienes y servicios, pues al derivarlos a usos más eficientes, se produce una reasignación de recursos que redundará en la colocación de los mismos donde son más apreciados. Complementariamente a ello, De la Puente y Lavalle señala que *“el contrato no es reducible a una operación económica, debiendo considerarse que la contratación es un fenómeno jurídico distinto respecto a la subyacente operación económica de reasignación de recursos, pues la relación contractual no es una simple resultante de las leyes económicas, como sí lo son por ejemplo, los precios en una economía de mercado”*¹⁹.

1.2 Autonomía privada y contrato

El régimen jurídico contractual es uno de los principales elementos de construcción de una sociedad libre, pues constituye la expresión misma de esa libertad individual que está – o debería estar – en el origen del acuerdo social. Por ende, dentro del plano patrimonial, el contrato se erige como el canal de la libertad de acción de los individuos, ejerciendo de esta forma de su derecho de optar y decidir (aunque no cualquier cosa,

¹⁸ Ver fundamento jurídico 26 de la STC N° 0008-2003-AI/TC (Caso Tarifas mínimas para el transporte terrestre).

¹⁹ De la Puente y Lavalle, Manuel (1997) *¿Por qué se contrata?*. En Bullard, Alfredo y Fernández, Gastón (editores) *Derecho Civil Patrimonial*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 118.

sino en virtud a las alternativas que nos ofrece la realidad). En tal sentido, nos encontramos frente a una “libertad situada”²⁰.

La contratación civil se sustenta en la confluencia de las manifestaciones de voluntad de las partes involucradas, partiendo de la premisa que dichas declaraciones han sido emitidas de forma voluntaria. Ello también permite legitimar jurídicamente la exigibilidad de lo pactado por las partes.

En materia contractual, la voluntad es soberana y los acuerdos celebrados sobre dicha base (teniendo en cuenta las excepciones impuestas por razón de orden público o moral) determinan libremente los efectos que el contrato ha de producir, así como la extensión y duración del mismo. En esto consiste el principio de autonomía de la voluntad, principio básico de nuestro derecho contractual y admitido, por lo demás, universalmente²¹.

En tal sentido, la autonomía de la voluntad de los contratantes se presenta como un presupuesto elemental al momento de evaluar la actuación de las partes inmersas en una negociación contractual o vinculadas por un acuerdo ya celebrado.

No obstante ello, es importante recordar que la actuación de los contratantes no genera un ordenamiento autónomo para ellos, o distinto del Estado, sino que se produce en el ámbito del ordenamiento general del Estado. Por ende, los contratos son actos de autonomía privada, no porque produzcan efectos autónomos, sino porque establecen reglas que, en principio, vinculan a los mismos que las disponen²².

²⁰ Ver De Trazegnies Granda, Fernando (2014) El Código Civil de 1941: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas, p. 24.

²¹ Alessandri Rodríguez, Arturo (2011) *De los contratos*. Santiago de Chile, Editorial Temis S.A. – Editorial Jurídica de Chile, p. 10.

²² Ver Ferri, Luigi (2004) *Lecciones sobre el contrato*. Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., pp. 1 - Iii. (Versión original editada en Bolonia - 1987).

1.2.1 La libertad contractual

El artículo 2º numeral 14 y el artículo 62º de la Constitución Política del Perú consagran la libertad contractual o el derecho a la libre contratación. El Tribunal Constitucional (conforme a lo precisado precedentemente) ha señalado que este derecho permite a los ciudadanos decidir la celebración o no de un contrato, elegir el co-celebrante y determinar, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual²³.

El principio de libertad contractual (en su faceta de potestad para elegir al co-celebrante) está vinculado a la formación del contrato, pues así como el oferente está en libertad para realizar su oferta a la persona que estime conveniente, una vez conocida la oferta por el destinatario, será éste quién tendrá la libertad de rechazarla o dar su aceptación.

En este punto, de acuerdo a lo manifestado por Diez-Picazo, se puede afirmar incluso que el reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad impone la referida libertad (la libertad contractual), porque solo se reconoce la dignidad de la persona si se permite autorregular su marco de intereses²⁴.

Siendo así, el investigar la Oferta al Público, su naturaleza y efectos nos brinda la posibilidad de establecer con claridad el momento en que cada sujeto ejerce su libertad de contratar.

1.2.2 Fuerza obligatoria de los contratos

Por su parte, la fuerza vinculante de los contratos (*Pacta Sunt Servanda*) está contenida en el artículo 1361º del Código Civil, por lo cual se entiende que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, siendo así que ante el incumplimiento de una de las partes, la otra está legalmente facultada a utilizar los mecanismos legales

²³ Ver fundamento jurídico 26 de la STC N° 0008-2003-AI/TC (Caso Tarifas mínimas para el transporte terrestre”.

²⁴ Diez-Picazo, Luis (2004) Contrato y libertad contractual. En *Themis Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica, N° 49, p. 12.

pertinentes para procurar el cumplimiento de la prestación materia de la obligación incumplida.

En tal sentido, esta fuerza vinculante se encuentra dirigida a asegurar que las partes de un contrato ejecuten sus compromisos, cumpliendo así con la satisfacción de los intereses subyacentes al pacto celebrado²⁵. Esto a su vez, permite reducir costos de transacción, al otorgar mecanismos jurídicos a las partes involucradas para hacerlos exigibles y de esta manera, reducir el riesgo de incumplimiento inherente a todo compromiso a futuro²⁶.

Asimismo, la obligatoriedad de los contratos se cimienta en la existencia de un acuerdo válido. Por lo cual, es fundamental determinar desde qué momento el contrato fruto de una Oferta al Público queda celebrado, para poder así establecer cuando las partes quedan vinculadas al contrato y éste adquiere el carácter de obligatorio.

1.3 El consentimiento como génesis negocial

Como consecuencia del ejercicio regular de la libertad de contratación por parte de los agentes económicos en el mercado, se desprende la relevancia primaria del consentimiento dentro de la formación y perfeccionamiento de los contratos; constituyendo uno de los elementos esenciales de dichos actos jurídicos, al igual que el objeto y la causa.

Al respecto, Lafaille señalaba que *“la formación del consentimiento se produce mediante la llamada declaración o manifestación de voluntad, que representa un acto*

²⁵ Saavedra Velazco, Renzo (2014) El Límites constitucionales a la autonomía privada: La (supuesta) santidad de los contratos bajo el tamiz de la comparación jurídica. En *Estudios de Derecho Contractual*. Asociación Civil Ius Et Veritas, p. 69.

²⁶ A fin de ilustrar como la fuerza obligatoria de los contratos puede contribuir a su eficiencia, podemos ver el siguiente ejemplo: *“A tiene un bien que pone en venta. B y C están interesados en adquirirlo. A valora el bien en 30, B en 50 y C en 100. B tiene dinero en efectivo y C lo puede conseguir en una semana (pago diferido). A venderá el bien a B si las promesas no son exigibles. Esto es ineficiente, porque C valora más el bien. Claro, B podrá vender el bien a C, pero se habrá generado una transacción adicional, lo que incrementa innecesariamente los costos de transacción”* Súmar Albújar, Oscar y Luis Miguel Velarde Saffer, *Op. Cit.*, p. 25.

de doble naturaleza: volitivo e intelectual”²⁷. En la práctica, como se verá, dicho consentimiento se manifiesta en ofertas o propuestas por una parte y la aceptación por parte de la otra.

Siendo así, no habrá contrato sin la voluntad de quien se obliga y de aquel con quien se adquiere dicho compromiso, pues incluso en los contratos de prestaciones unilaterales se exige al consentimiento de ambas partes, por ejemplo en el caso de un contrato de donación, si bien es el donante quien se está obligando, la formación del contrato requiere el consentimiento del donatario, pues no puede imponérsele dicha liberalidad.

Por su parte, en el caso de los contratos definitivos celebrados en ejecución de un contrato preparatorio (compromiso de contratar o contrato de opción), el elemento volitivo se observa de manera clara en el acuerdo tomado al momento de suscribir el contrato preparatorio, aceptando consensuadamente obligarse en un futuro.

Vale citar en esta parte nuevamente a Lafaille, el cual señala que *“para conferir al contrato su fuerza obligatoria se impone un “acto volitivo”, que exprese la “adhesión individual” de cada una de las partes con referencia a dicho resultado provisorio. Cuando todas estas conformidades hubieran sido prestadas en forma legal, cabría recién decir que el vínculo de derecho se hubiera formalizado. Aquí se produce una “volición”, mientras que en las tratativas previas entraría en juego la inteligencia por medio del raciocinio*”²⁸. En consecuencia no habrá contrato sin consentimiento, pues el contrato es producto de la voluntad.

Para analizar el consentimiento como elemento primordial en la formación de los contratos, resulta importante seguir lo señalado por Lacruz Berdejo *“El contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es decir, de cada una de ellas. Pero esos consentimientos, para tener eficacia jurídica, no se limitan a ser un fenómeno síquico interno de la parte que consiente; al contrario, precisan una manifestación al*

²⁷ Lafaille, Héctor (1927) *Curso de Contratos*. Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, tomo I, p. 47.

²⁸ Lafaille, Héctor (1953) *Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires, Ediar Editores, tomo VIII, p. 70.

exterior que los haga visibles, pues la voluntad del hombre sólo tiene relevancia para el Derecho cuando se exterioriza. La voluntad, para ser eficaz, ha de manifestarse mediante una declaración; éste es el fenómeno externo que puede aprehender la gente, y a través del cual se entera de la voluntad del declarante”²⁹.

En términos generales, la voluntad se manifiesta mediante declaración expresa o hechos o conductas que la hacen tácita. Tal como lo indica el artículo 142º del Código Civil³⁰, el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan tal significado³¹.

En este sentido, en algunas ocasiones, ciertos comportamientos o acciones pueden equivaler a una declaración contractual, en la medida que lo indique la norma o el convenio celebrado con anterioridad entre las mismas partes, aunque también la costumbre de la plaza puede ser un factor importante para valorar la aceptación tácita (tomando en cuenta que consiste en un determinado hacer del “declarante” y no un simple silencio circunstanciado).

Es con el acuerdo de las partes que nace el contrato. Es así que al hablar de consentimiento de los contratantes se entiende que las declaraciones de voluntad de las partes deben concordar, pues caso contrario no existiría contrato. Asimismo, las manifestaciones de voluntad tendientes a lograr dicho objetivo son declaraciones de carácter contractual, que pertenecen a la etapa de tratos previos o negociación.

Corresponde señalar que en algunos casos, para el nacimiento del acto jurídico patrimonial que conocemos como contrato, se requerirán otros elementos además de la confluencia de la voluntad de las partes, bajo sanción de nulidad. Es así que

²⁹ Lacruz Berdejo, José Luis (2002) *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Madrid, Dykinson, Tercera Edición, p. 277.

³⁰ **CÓDIGO CIVIL**
Artículo 142º.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

³¹ Lo antes señalado debe complementarse con las normas de protección al consumidor, que proscriben por ejemplo los métodos comerciales coercitivos (artículo 56º del Código de Protección y Defensa del Consumidor), donde los proveedores pueden pretender, en ciertos casos, dar al silencio del consumidor la connotación de aceptación de determinadas ofertas comerciales, sin que en realidad exista voluntad del consumidor para entablar dicha relación de consumo o celebrar contrato alguno con el proveedor.

determinados contratos exigen el cumplimiento de formas *ad solemnitatem*, sin embargo la regla general es la de la consensualidad de los contratos (lo cual se ve reflejado por ejemplo, con la eliminación de los llamados “contratos reales”³²).

Concordamos con Messineo al señalar que “*al hablar de consensualidad en determinados contratos con respecto a otros que exigen formalidades especiales, no significa que sólo en dichos contratos sea necesario el consentimiento, pues en todo contrato se necesita el consentimiento de las partes, sino que en aquellos contratos consensuales, la concurrencia del consentimiento de las partes será suficiente*”³³.

Es importante destacar y reafirmar que la voluntad de una parte, para que tenga relevancia para el derecho debe tener una suficiente exteriorización, que trascienda a la realidad social. Por ende, si bien se ha indicado en el párrafo anterior una diferenciación entre los contratos meramente consensuales (la regla) y aquellos que requieren una forma *ad solemnitatem*, debe acotarse que todo contrato tiene una determinada forma, aunque no prescrita. Esta forma consiste en aquellos actos u omisiones externas que expresan la voluntad del manifestante, sea mediante palabras, documentos, señas, actos que denoten la voluntad de quien los realiza o incluso la inacción señal de anuencia, en determinados casos.

En palabras del clásico Josserand “*el consentimiento no es otra cosa, aquí, que el acuerdo de voluntades con ánimo de crear obligaciones; su definición se confunde, pues, con la del contrato mismo, cuya trama o “substratum” constituye; sin embargo, llega a su finalidad y no es constitutivo de contrato sino en cuanto reúne ciertas condiciones y se exterioriza, se concreta, de cierta manera*”³⁴.

³² Se le llama “contratos reales” a aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, la que otorga al contrato la naturaleza de tal. También se puede decir que en esta clase de contratos, el convenio para su protección requiere, además del consentimiento de las partes, la tradición o entrega de la cosa sobre la cual versare.

³³ Messineo, Francesco (1971) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo IV, p. 442.

³⁴ Josserand, Louis (1950) *Derecho Civil*. Buenos Aires, Ed. Bosch, tomo II, p. 39.

Desde un punto de vista tradicional, la formación de los contratos está precedida de tratos o negociaciones previas. También existe la posibilidad de que el contrato se forme por una manifestación casi simultánea del consentimiento de los contratantes (en especial en el caso de contratación entre presentes), sin embargo esto no altera la estructura básica de la etapa formativa del contrato, pues aun cuando la etapa previa a la celebración del contrato sea muy corta, la presencia de elementos como la oferta y la aceptación son inherentes a todo contrato, incluyendo la contratación en masa y los contratos de consumo.

El consentimiento en la formación de los contratos es una noción compleja, pues reside siempre en el acuerdo de dos o varias voluntades (recordamos que no existen contratos unilaterales, sino solo de prestaciones unilaterales, pero su formación siempre requerirá de un concurrencia de voluntades). Conforme se ha indicado, este consentimiento puede ser exteriorizado casi simultáneamente, pero no a la vez, pues se requiere que de una u otra manera exista una oferta, una propuesta. El destinatario de esta manifestación de voluntad se encontrará en la posibilidad de rechazarla o aceptarla (con discusión o sin ella).

Los tratos se inician con una propuesta u oferta de contrato dirigida (por vía oral o escrita) por el proponente u oferente hacia un destinatario. Es con la aceptación de esta oferta o propuesta y su conocimiento por el oferente o proponente que el contrato queda perfeccionado y surte sus efectos, creándose, regulándose, modificándose o extinguiéndose una relación jurídica patrimonial. Es así que con el consentimiento de ambas partes el contrato queda formado, terminando con ello también el período precontractual, dentro del cual se dieron las dos principales declaraciones de voluntad: la oferta y la aceptación.

Es así que Guillermo y Eduardo Ospina señalan “*si el consentimiento consiste en “el concurso real de las voluntades de dos o más personas”, es obvio que este requisito específico de las convenciones solamente existe en el momento en que todas y cada una de tales personas han manifestado sus voluntades convergentes hacia un mismo querer*

(in idem placitum consensus), lo que natural y lógicamente supone, al menos, la sucesión de dos actos simples: la propuesta y su aceptación. Es necesario que uno de los interesados le proponga a otro u otros la celebración de la convención y que este o estos, a su turno, manifiesten que están de acuerdo con tal propuesta y que se adhieren a ella. Así, el encuentro y la unificación de la propuesta y su aceptación es lo que genera el consentimiento”³⁵.

Considerando que el contrato es un acto jurídico que crea, modifica, regula o extingue relaciones jurídico-patrimoniales, a la vez que un mecanismo jurídico de generación de derechos y obligaciones respecto de las partes celebrantes, quienes se encuentran vinculados al cumplimiento efectivo de la promesa realizada recíprocamente por el solo hecho de haberse comprometido a ello, a través de sus declaraciones contractuales (oferta y aceptación).

Ahora bien, el tema que motiva esta investigación – la Oferta al Público – se encuentra enraizada íntimamente con el núcleo del derecho contractual, pues la oferta como primera declaración contractual, constituye el germen para la formación del contrato, que de acuerdo a nuestro sistema consensualista, quedará perfeccionado con la aceptación del destinatario de la oferta al oferente, pues en este momento se entiende que han concurrido ambas voluntades con la finalidad de obligarse a través del contrato celebrado. Así también lo ha señalado la Corte Suprema de la República al indicar que *“el artículo 1351° del Código Civil define el contrato como acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación”³⁶.*

Es, por regla general, la voluntad coincidente de las partes lo que da lugar al nacimiento de las obligaciones provenientes del contrato celebrado, siendo entonces justificado señalar al consensualismo como la piedra angular del sistema contractual moderno.

³⁵ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta (2014) *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Séptima Edición, p. 145.

³⁶ Casación N° 1345-98 LIMA. Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 20 de enero de 1999.

1.3.1 Teorías sobre la voluntad y su declaración

Si bien el contrato (y en general, los actos jurídicos) tiene como presupuesto la existencia de una manifestación de voluntad, a lo largo del tiempo se han formulado diversas teorías jurídicas respecto a la preponderancia de la voluntad y su declaración, a fin de entender cuando se produce una coincidencia entre ambas partes, y así hablar de un consentimiento que sustente la existencia de un acuerdo vinculante.

- Teoría de la voluntad: Bajo esta postura, la voluntad real de las partes se erige como el elemento fundamental en todo acto jurídico, siendo la declaración de la misma un vehículo que la exterioriza. Por ende, cuando la declaración realizada no recoja la voluntad de la persona, primará la segunda.

En este caso, la premisa que sostiene tal posición es que *“nadie debe obligarse sino en la forma en que realmente ha querido”*³⁷.

- Teoría de la declaración: El contrato es un fenómeno social y no psíquico (aunque tiene un componente derivado de ello), por lo cual adquiere relevancia y significado en su relación con los terceros.

Siendo así, sustentado en un criterio de equidad y seguridad jurídica, se tutela la confianza de los terceros destinatarios de la declaración efectuada mediante la preeminencia absoluta de lo declarado, aun cuando ello pueda no coincidir con la intención interna de las partes.

De estas dos teorías primigenias y contrapuestas, se han derivado dos teorías intermedias o eclécticas, en las cuales si bien se sigue apreciando el mismo contraste, cuentan con elementos que las dotan de un tratamiento más mesurado y atemperado. En tal sentido, se observa que son en realidad criterios moderadores de la rigidez de las primeras

³⁷ Súmar Albújar, Oscar y Luis Miguel Velarde Saffer, *Op. Cit.*, p. 29.

posiciones, vinculándolas con la conducta del declarante y del receptor de la declaración, respectivamente³⁸:

- Teoría de la responsabilidad: Al igual que la primera teoría expuesta, dota de especial relevancia a la voluntad como elemento que determina la vinculatoriedad del acuerdo. No obstante, establece que una excepción: la negligencia del declarante.

En tal sentido, si existe una discordancia entre la voluntad y la declaración efectuada y la misma sea imputable al declarante (por dolo o culpa), entonces dicha declaración displicente tendrá plenos efectos jurídicos.

- Teoría de la confianza o la buena fe: Esta última posición privilegia la declaración como elemento fundamental del acuerdo, siempre que el destinatario de la declaración haya considerado de buena fe que dicha declaración recogía la auténtica voluntad del declarante.

Ello se sustenta en el hecho que lo que se busca tutelar es la confianza legítima y razonable del destinatario, por lo cual, no podría entenderse defraudado por la declaración recibida si dicho agente podía percatarse de la discrepancia entre lo manifestado y la real voluntad del declarante.

1.3.2 El consensualismo contractual en el derecho nacional

El Código Civil peruano reconoce la naturaleza esencialmente libre del contrato, al privilegiar su carácter consensual y garantizar la autonomía de la voluntad estableciendo que las partes determinan libremente su contenido. Siendo así, se observa el predominio de la voluntad libre y concertada como elemento formativo del contrato, teniendo en cuenta que la existencia del contrato estará sujeta a la conformidad de las partes en todas sus estipulaciones, ya que es solamente la libertad entendida como una opción racional,

³⁸ Amado, José Daniel (1988) Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico. En *Themis Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica, N° 10, p. 78.

integral y coherente la que da lugar al nacimiento del contrato, y por tanto, crea las obligaciones recíprocas³⁹.

El artículo 1352° del Código Civil trata sobre la celebración de los contratos, adhiriéndose a la corriente consensualista al indicar que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad (formalidad *ad solemnitatem*).

Es así que se aprecian dos manifestaciones de voluntad que conjuntamente forman el contrato: la oferta y la aceptación. La existencia de la primera (producto de la autonomía de la voluntad del oferente) da cabida a la aparición de la segunda, con lo cual queda perfeccionado el contrato y produce sus efectos, sin perjuicio de la eventual existencia de modalidades.

Esto también ha sido entendido de esta manera por el Poder Judicial, al indicar que *“nuestra legislación sustantiva en materia contractual recoge el principio del consensualismo, mediante el cual los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes”*⁴⁰.

Considerando lo antes indicado, es claro que para establecer con certidumbre el momento en el cual se entiende por celebrado un contrato, se deberá conocer cuándo se emitió la oferta y cuándo a su vez la aceptación. Siendo así, dilucidar cuál es la manifestación de voluntad que conocemos como oferta es vital para saber cuando nos encontramos frente a una posterior aceptación y por ende, a partir de qué momento se puede hablar propiamente de un contrato y del nacimiento de las obligaciones que de él emanan.

³⁹ Ver De Trazegnies Granda, Fernando (2014) El Código Civil de 1941: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas, p. 25.

⁴⁰ Exp. N° 451-93-Callao. En *Normas Legales*, tomo 232, 1995, p. J-17.

1.4 Necesidad de exteriorización de la voluntad

Como se ha podido observar, el contrato es definido en nuestro Código Civil como el “acuerdo” entre dos o más partes, lo cual alude a la acción u efecto de “acordar”, entendiendo por ello el convenio entre los sujetos involucrados⁴¹.

Al respecto, un elemento importante a tener en cuenta es si al hablar de “acuerdo”, “consentimiento” o “convención”, se está aludiendo a una coincidencia entre las voluntades internas de quienes lo celebran o si su configuración se encuentra delimitada en función a la convergencia externa de manifestaciones de voluntad.

La conformidad de las voluntades es indispensable para la celebración del contrato. Por ello, para que haya coincidencia de las voluntades de los contratantes será necesario que cada uno de ellos conozca la voluntad de su co-celebrante, lo cual a su vez supone que dichas voluntades hayan sido manifestadas, en otras palabras, exteriorizadas y que no hayan permanecido en el fuero interno de cada una de las partes.

En tal sentido, cuando el Código Civil alude al contrato como acuerdo de dos o más partes, no está haciendo mención a las voluntades internas de las mismas, sino a las respectivas declaraciones de voluntad de dos o más partes contratantes. Esto se ve reforzado por el hecho que el mismo cuerpo normativo señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, pues lo que produce obligaciones (es decir, los efectos jurídicos derivados del contrato) no son las voluntades internas coincidentes de los contratantes, sino las voluntades declaradas coincidentes⁴².

Entonces, no podrá prescindirse en la voluntad exteriorizada en la formación del contrato, entrando cada uno de los concurrentes “en posesión” de las manifestaciones prestadas por los demás contratantes. Siendo así, aún en aquellos casos donde se

⁴¹ Ver primera y cuarta acepción de la palabra “Acuerdo”, conforme lo establece la 23ª Edición (Edición del Tricentenario) del Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española (ver <http://dle.rae.es/?id=0emgorl>)

⁴² Ver Taboada Córdova, Lizardo (2014) El consentimiento y la declaración de voluntad en la doctrina general del contrato. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas, p.106.

produzcan una serie de declaraciones o actos que reflejen diversos procesos internos paralelos entre dos o más sujetos, no se podría hablar de un contrato celebrado, pues sin que exista la coincidencia de los intervinientes sobre el perfeccionamiento del contrato, no podría considerarse el mismo perfeccionado.

Es así que el contrato se entiende celebrado en virtud de la aceptación pura y simple de la última propuesta, bien sea que ésta se presente en un solo acto o se encuentre fragmentada en varios actos distintos.

Sobre la base de lo antes expuesto, observamos tres elementos importantes al hablar del consentimiento en materia contractual: la existencia de dos o más voluntades exteriorizadas, la voluntad manifestada por una de las partes debe ser conocida por la otra (o debió estar en razonables posibilidades de haberlo hecho) y la conformidad sobre todos los puntos del contrato celebrado.

1.5 Carácter objetivo de la voluntad contractual

Considerando lo anteriormente expuesto, un elemento fundamental para el perfeccionamiento del acto jurídico en cuestión es la expresión de la voluntad de los contratantes, lo cual puede efectuarse a través de las herramientas del lenguaje (oral o escrito), o mediante conductas que denoten de forma manifiesta tal voluntad (como por ejemplo, la ejecución de la prestación a cargo del aceptante⁴³). Cabe señalar que, adicionalmente, en aquellas operaciones en las cuales por costumbre no suele existir aceptación expresa o donde haya mediado una invitación a ofrecer, la falta de rechazo inmediato por parte del destinatario de la oferta, denotará su aceptación⁴⁴.

⁴³ **CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1380°.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios

⁴⁴ **CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1381°.- Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

Se desprende de lo antes señalado, que la determinación de la manifestación de voluntad de las partes, se encuentra sujeta a declaraciones o hechos que constituyen comportamientos exteriores de carácter objetivo.

Esto significa no solo que los deseos internos (no transmitidos ni manifestados) por sí mismos no sean capaces de generar un vínculo jurídico contractual, sino que puede darse el supuesto en el cual la voluntad exteriorizada no coincida plenamente con la voluntad interna del contratante, sin que esta última circunstancia enerve la validez del acuerdo.

Si bien esto último se erige como una regla general que protege la eficacia de los contratos y la seguridad jurídica en la contratación, el ordenamiento jurídico permite a las partes alegar la anulabilidad del acto jurídico en aquellos casos en los que se constate un vicio en la voluntad (como el error, el dolo, la violencia o la intimidación), el cual al ser conocido o conocible por el destinatario de la declaración, no puede formar en este último una confianza legítima o incluso, resulta contraria a la buena fe⁴⁵.

En palabras de Ferri⁴⁶, la manifestación o declaración viene en primer plano, mientras que la voluntad interna queda como un presupuesto normal⁴⁷, pero no esencial de la declaración. Por ende, si yo declaro “vender” no puedo luego después invalidar la declaración sosteniendo que en realidad no quería vender. Se ha observado que el disenso, entendido como discordancia o no coincidencia de los deseos internos, no descarta el acuerdo.

En base a ello, las declaraciones contractuales y los contratos celebrados en base a ellas, surten efectos aun cuando en algún caso puedan ser ignorados o no deseados en concreto por alguna de las partes, en la medida que no haya existido un elemento que vicie dicha manifestación de voluntad.

⁴⁵ En tal sentido, es posible afirmar que el Código Civil peruano se adscribe a la Teoría de la Confianza o Buena Fe.

⁴⁶ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 6.

⁴⁷ En tal sentido, cabe indicar que el artículo 1361° del Código Civil señala que “*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”.

CAPÍTULO 2: LA OFERTA CONTRACTUAL

Albaladejo define a la oferta como *“la propuesta de contrato que una persona hace a otra. La oferta es algo concluyente. Hacerla supone emitir una proposición. Es decir, que encierra el ánimo de quedar obligado si la otra parte acepta”*⁴⁸. En efecto, el contrato se forma por una oferta seguida de una aceptación, ya sea que se acepte de plano la oferta recibida o bien, habiéndose hecho una contraoferta, el oferente original consienta vincularse conforme a esta segunda propuesta.

Cabe indicar entonces que la oferta en primer lugar es una proposición unilateral que una parte dirige a otra para celebrar un contrato, por lo que Alterini y López Cabaña señalan que *“la oferta o propuesta es la primera manifestación de voluntad, directamente dirigida a gestar el consentimiento que contiene el proceso de formación del contrato. Es una proposición unilateral que una persona dirige a otra para celebrar un contrato”*⁴⁹.

Mediante la oferta, *“el proponente fija el contenido preceptivo del eventual futuro contrato y se somete a la decisión que adopte el destinatario (a quien dirige la oferta) en torno a la celebración del mismo (...) la oferta constituye el ejercicio del poder negocial del ofertante, que a la vez legitima al destinatario de la oferta para que ejerza su poder negocial mediante la aceptación (...) poniendo con él en existencia un reglamento de intereses”*⁵⁰. En términos del derecho anglosajón, el destinatario de la oferta se ve premunido de un *power of acceptance*.

Siendo así, dentro del esquema individual clásico, si la oferta de “x” ha sido dirigida a “y”, la aceptación que formule “z” respecto a la misma, no puede provocar el efecto de formar un contrato entre “x” y “z”.

⁴⁸ Albaladejo, Manuel (2004) *Compendio de Derecho Civil*. Madrid, Edisofer S.L., Décimo Segunda Edición, p. 206.

⁴⁹ Alterini, Atilio Anibal y López Cabaña, Roberto (1993) *Reformas al Código Civil. Contratos: Parte General*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo 5, p. 91.

⁵⁰ Forno Flórez, Hugo (2014) Los efectos de la oferta contractual. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas, pp. 119 y 121.

Por otra parte, debe entenderse que si bien la oferta es la primera declaración contractual, con la cual se queda abierta la etapa de negociación o deliberación contractual (pues no es exacto hablar de negociación en el caso de los contratos de adhesión); también es verdad que no toda comunicación por parte de un sujeto hacia otro que tenga por ulterior finalidad la celebración de un contrato constituye una oferta. De esta manera, aquella comunicación donde una persona invita a otra a iniciar negociaciones con miras a celebrar un determinado contrato, no es en realidad una oferta y no vincula negocialmente a quien la realiza.

De la Puente y Lavalle hace referencia a la teoría de la oferta singular y la oferta plural, señalando que *“se ha tratado de distinguir ambas figuras según el número de prestaciones (que también podían ser bienes) pasibles de contratarse u adquirirse mediante la celebración de los correspondientes contratos, quedando obligado el oferente sólo por la primera aceptación; mientras que en el caso de la llamada oferta plural, la oferta mantendrá su validez y vigencia en la medida que resten prestaciones o bienes luego de cada aceptación”*⁵¹.

Asimismo, resulta interesante mencionar a lo señalado por Larroumet con relación a las ofertas expresas y tácitas. Este autor indica que *“la oferta será expresa cuando se manifieste mediante un escrito, palabra o incluso un ademán. Esta oferta expresa generalmente no es susceptible de interpretación, pues resulta evidente de su manifestación. Sin embargo, también debe considerarse la existencia de ofertas tácitas, donde existe una interpretación de la voluntad a raíz del comportamiento de una persona siempre que no sea equívoco; un ejemplo de oferta tácita sería entonces el hecho de presentar productos en un sitio donde se acostumbre adquirirlos”*⁵².

⁵¹ De la Puente y Lavalle, Manuel (2003) *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima, Palestra, Segunda Edición, p. 630.

⁵² Larroumet, Christian (1993) *Teoría General del Contrato*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., p. 192.

2.1 Elementos de la Oferta

A fin de contar con una clara concepción de la figura de la oferta, es pertinente señalar cuáles son sus requisitos, conforme a la doctrina:

1) Autosuficiencia:

La oferta debe contener todos los elementos necesarios como para que la aceptación lisa y llana de la misma, permita tener por celebrado el contrato (algunos autores afirman por eso que la oferta debe ser “precisa”). Esto no significa que la oferta deba contener todos los elementos posibles del contrato a celebrarse, sino que bastará con que incluya aquellos llamados esenciales (*essentialia negotii*).

Los elementos del contrato pueden clasificarse en esenciales, naturales y accidentales. Los elementos esenciales *son aquellos sin los cuales el contrato no podría existir o no podría tener validez*⁵³. Estos elementos esenciales a su vez puede ser comunes (consentimiento, causa y objeto), especiales (indispensables para la existencia de algunos grupos de contratos) y especialísimos (para cada tipo determinado de contrato).

Considerando lo antes expuesto, la oferta tiene que incluir al menos los elementos esenciales del contrato a celebrar (comunes, especiales y especialísimos). En este sentido, si el contrato a celebrar es uno de compraventa, es necesario que la oferta contenga la determinación de la cosa y el precio (que son los elementos esenciales especialísimos de dicho contrato).

Ahora bien, la oferta puede contener también algunos o todos los elementos naturales y accidentales del contrato a celebrar, pero su inclusión no es necesaria pues en el caso de los elementos naturales, estos por mandato legal quedan incluidos automáticamente a los contratos celebrados, salvo exclusión expresa de las partes,

⁵³ Miranda Canales, Manuel (1988) *Derecho de los Contratos*. Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A., p. 27.

mientras que los elementos accidentales pueden o no ser incluidos en los contratos por la voluntad de las partes.

En caso no se quiera someter su reglamentación a los normales medios de integración del contenido contractual (normas supletorias, usos, etc.), el oferente también deberá incluir en la oferta todos aquellos elementos secundarios, y no esenciales, que quiere subordinar a una regulación en particular⁵⁴.

En este sentido, Arias-Schreiber señala que para que la oferta tenga carácter vinculante *“debe estar desprovista de aquellos elementos que impidan que el contrato se celebre a mérito de la simple aceptación y sin que requiera, de consiguiente, una nueva proposición por parte del oferente”*⁵⁵.

No calificará como oferta entonces aquella “propuesta” que se efectúe sin contener los elementos esenciales del contrato que se pretende celebrar. Así por ejemplo, las “ofertas” de vender un determinado bien “en condiciones ventajosas” o sin indicar el precio de venta, podrán tratarse de anuncios con fines publicitarios o de difusión de la disposición de quien los realiza, constituyendo una “invitación a entrar en tratos” mas no una oferta propiamente dicha.

Cabe señalar que resulta posible que la oferta contenga elementos de determinación. Así, por ejemplo, una oferta que remita la fijación del precio a la cotización de bolsa o del mercado internacional (en especial en el caso de los *commodities*) puede ser considerada autosuficiente y por ende, válida.

2) Seriedad:

No constituyen reales ofertas, aquellas realizadas a modo de juego o por diversión, por lo que no pueden ser consideradas como ofertas las declaraciones efectuadas con

⁵⁴ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 44.

⁵⁵ Arias-Schreiber Pezet, Max (2006) *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, Gaceta Jurídica, tomo I (Contratos Parte General. Contratos Nominados), p. 112.

animus jocandi o *animus docendi*. En otras palabras, solo podrá hablarse de una verdadera oferta en el caso de las declaraciones o manifestaciones dirigidas a obligar jurídicamente a su emisor. Quedan así descartadas las declaraciones “en broma”.

Para que la oferta tenga fuerza obligatoria y vincule efectivamente a quien la formula, debe estar revestida de seriedad y con la intención de obligarse, de tal manera que también sea identificable como tal para su destinatario.

Una “propuesta” hecha, por ejemplo, por galantería o con la finalidad de infundir ánimos no puede ser considerada como una oferta propiamente dicha, ni obligar a quien la ha formulado.

Asimismo, no es oferta aquella en la que el proponente se reserva de forma explícita o implícita la facultad de rechazar la aceptación del destinatario, llamada también oferta sin compromiso. Tampoco la propuesta que no es definitiva, sino un reflejo de una mera declaración de intenciones que hay que precisar⁵⁶.

3) Conocimiento por parte del destinatario:

Conforme se desarrollará más adelante, el artículo 1373° del Código Civil recoge la teoría de la cognición, aunque el artículo 1374° de dicha norma establece una presunción de conocimiento en función a la recepción.

Por ende, mientras la declaración de “oferta” se mantenga en el ámbito de quien la realizó y no haya sido aún expedida, recibida y conocida por el destinatario, no podrá ser reputada como oferta ni surtir los efectos propios de ella.

Es en la medida que el destinatario la conoce que vincula al oferente y se constituye en una real propuesta contractual, bastando su aceptación para la formación del contrato.

⁵⁶ González Gonzalo, Alfonso (2009) La formación del contrato. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director) *Tratado del Contrato*. Valencia, Tirant Lo Blanch, tomo I, p. 678.

4) El carácter recepticio:

La naturaleza recepticia de la oferta, según parte de la doctrina, está referida a que aquella esté dirigida a una persona o personas determinadas. Este requisito o característica de la oferta está íntimamente ligado con el tema de la presente investigación, pues es en base a este requisito que un sector de la doctrina y nuestro Código Civil no consideran a la Oferta al Público como una oferta propiamente dicha.

La doctrina clásica que hace mención a este requisito, señala que la oferta debe reunir todos los caracteres del contrato a celebrar, no solo en cuanto al objeto, sino también en lo referente al sujeto.

Asimismo, autores como Borda señalan que “*si la oferta contiene un procedimiento claro para la determinación de la persona a la cual se dirige, ella es obligatoria para el oferente*”⁵⁷. En este sentido, la oferta sería recepticia también en aquellos casos en los que pese a no señalar de manera taxativa su destinatario, resulta factible individualizarlo mediante el mecanismo contenido en la misma oferta.

Por su parte, existe otro sector que considera que el destinatario de la oferta podría ser indeterminado, para lo cual resulta pertinente tener en cuenta la voluntad del proponente. También encontramos algunos supuestos “intermedios”, como por ejemplo el “*mailing*” o remisión de publicidad o propuestas contractuales a múltiples personas, en los cuales pese a su multiplicidad, los destinatarios pueden ser determinados.

⁵⁷ Borda, Guillermo (1987) *Manual de Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición, p. 41.

5) Formalidad:

La forma, en su noción genérica, es el aspecto externo de la manifestación de voluntad, lo que la reviste, cualquiera que sea el modo utilizado, sea mediante expresión oral o escrita, y también mediante conductas expresivas⁵⁸.

Por regla general, existe en materia contractual libertad de forma, por ende, la forma que las partes empleen para celebrarlo no incide en la validez del acto, siendo un medio para acreditar su existencia (forma *ad probationem*). No obstante, en determinados casos el legislador ha previsto que cierta clase de contratos deban celebrarse bajo ciertas formas, cuya inobservancia deriva en la nulidad de dicho acto jurídico (forma *ad solemnitatem*).

Lo antes indicado conlleva a señalar que, en principio, no sea necesario que la propuesta revista una forma determinada para que constituya una oferta. Sin embargo, en aquellos casos en los cuales el contrato requiera contar con un formalidad específica (sea por haberlo acordado así las partes o la norma lo establezca bajo sanción de nulidad), la oferta deberá efectuarse bajo dicha forma, pues de lo contrario su “aceptación” no generaría el nacimiento del contrato y por ende, no tendría la calidad vinculante inherente a esta declaración⁵⁹.

2.2 Vinculatoriedad de la Oferta

Considerando los requisitos antes mencionados, Messineo señala que “*la propuesta (oferta), al ser completa, contiene en germen todos los elementos (en al menos los esenciales) del futuro contrato, quedando su respectivo examen al destinatario de la misma, pudiendo aceptarla, rechazarla o simplemente guardar silencio frente a ella*”⁶⁰.

⁵⁸ Vidal Ramírez, Fernando (2000) *El Acto Jurídico*. Lima, Gaceta jurídica S.A., Quinta Edición, p. 131.

⁵⁹ Siendo así, por ejemplo, González señala que en el caso de contratos que requieran como forma *ad solemnitatem* la escritura pública, la propuesta y conformidad preliminar (no contenidas en la escritura pública a suscribir a futuro) no podrían ser consideradas como oferta y aceptación en estricto, sino tratos preliminares. Ver González Gonzalo, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 682.

⁶⁰ Messineo, Francesco, *Op. Cit.*, p. 457.

Si bien la oferta no es un negocio jurídico, no puede negarse que se trata de un acto jurídicamente relevante de por sí, al cual la ley enlaza los efectos jurídicos. A menudo son efectos transitorios, destinados a ceder el lugar a los efectos negociales (del contrato) o a extinguirse, sencillamente o sin más, en caso de falta de aceptación o rechazo. Por lo tanto, la oferta es cuanto tal, un acto con eficacia jurídica⁶¹.

Mientras la oferta esté vigente, el destinatario de la misma podrá comunicar al oferente su aceptación, con lo cual se entiende celebrado el contrato. Asimismo, se debe tener en cuenta que la oferta contractual puede provenir de cualquiera de las partes del futuro contrato. Así, por ejemplo una persona puede ofrecer la concesión de préstamos de dinero a través de contratos de mutuo con garantía mobiliaria, a la vez que otra puede ofrecer la celebración del mismo contrato solicitando dichos préstamos y ofreciendo su vehículo en garantía.

El hecho que la oferta sea realizada por una u otra parte carece de importancia en especial en los contratos sinalagmáticos, aunque también es perfectamente posible incluso en aquellos de prestaciones unilaterales (piénsese en el caso de alguien que propone a un amigo la celebración de un contrato de donación con la finalidad de que se le transfiera gratuitamente la propiedad de un texto jurídico).

La eficacia de la oferta como declaración contractual está vinculada directamente con la delimitación de los alcances de su obligatoriedad. Este elemento resulta de vital importancia, pues de ello además también depende que la aceptación del destinatario de la oferta pueda generar el nacimiento del contrato en cuestión.

En tal sentido, se debe establecer si la oferta contractual liga a quien la realiza, en el sentido que deba mantenerla, pasando al destinatario de la misma el derecho a la formación del contrato, o si en su defecto el oferente puede verse desvinculado de su

⁶¹ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 43.

propia declaración contractual antes de que la aceptación se concretice. Al respecto existen tres sistemas que conviene analizar:

1) Sistema Francés:

Este sistema propugna que mientras no haya aceptación, no existe contrato ni obligación para el oferente. Esto significa en primer lugar que, hasta el momento en el cual la aceptación del destinatario de la oferta se haga efectiva, el oferente puede revocarla o retractarse de la misma de manera libre, sin que este hecho implique responsabilidad⁶². Este sistema tiene por paradigma la siguiente frase “nadie adquiere ni pierde un derecho sin su voluntad”.

Al respecto, Josserand señala que en este sistema *no se concibe que una voluntad pueda ligarse por sí misma, pues una persona no se podría comprometer respecto a otra por una declaración unilateral de voluntad*⁶³. Es así que se señalaba que el derecho positivo no podía compeler al oferente a no revocar la oferta que había realizado.

Clarificando el espíritu de este sistema, Ospina parafrasea a Pothier señalando lo siguiente “*de la propia manera que yo no puedo transferirle a otra persona un derecho sobre mis bienes por mi sola voluntad y prescindiendo de su consentimiento, tampoco puedo, mediante una promesa mía, conferirle a alguien un derecho contra mi persona, mientras su voluntad no concurra a adquirirlo, es decir, mientras mi promesa no sea aceptada*”⁶⁴.

Condensando lo antes señalado, se entiende que la oferta formulada sin indicación del plazo se otorga indefinidamente, de forma que el oferente se encontraría en la natural

⁶² Sin embargo, dentro de la jurisprudencia francesa se hecho énfasis en atribuir responsabilidad al oferente que realice una “abuso del derecho de no contratar” o abuso del llamado “derecho de retractación”, por lo cual se encontraría obligado a indemnizar al destinatario por los daños irrogados.

⁶³ Josserand, Louis, *Op. Cit.*, p. 41.

⁶⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 150.

prerrogativa de retirarla, a fin de evitar su perpetuidad. Así, conforme lo anota Forno *“mientras que el contrato no se hubiera formado, no surgía vínculo alguno, de suerte que no podía admitirse que el proponente estuviera vinculado a su oferta”*⁶⁵.

Un segundo efecto de este sistema es que, en caso cualquiera de las partes falleciere o deviniera en incapaz (sea el oferente antes de tomar conocimiento de la eventual aceptación o el aceptante antes de haber expresado su voluntad de aceptar la oferta), la oferta quedará sin efecto (aun cuando se trate de una oferta *en firme*). Así, la oferta caduca *ipso iure* con el advenimiento de la muerte o incapacidad de alguna de las partes.

Los defensores de este sistema alegan que la incapacidad o el fallecimiento imposibilitan el acuerdo de voluntades necesario entre el oferente y el aceptante para la formación del contrato, pues el consentimiento debe formarse en un instante en que ambas partes estén en aptitud legal de obligarse.

2) Sistema Alemán:

Este sistema por su parte le otorga a la oferta, en principio, un carácter irrevocable. Sin embargo, al igual que en el sistema francés, el oferente puede darle un efecto distinto a su declaración mediante una manifestación expresa en contrario. De acuerdo a lo establecido en el parágrafo 145 del BGB, el oferente puede excluir dicha fuerza vinculante señalando expresamente con la oferta o antes de la misma, su carácter revocable.

En este caso, la oferta mantiene su vigencia y efectos vinculantes al margen de la muerte o incapacidad del oferente, privilegiando así la seguridad del tráfico y la seriedad de los negocios, pues se considera que con la oferta se crean expectativas en el destinatario, lo cual puede conllevarlo a realizar gastos y preparativos o rechazar

⁶⁵ Forno Flórez, Hugo, *Op. Cit.*, p. 122.

otras ofertas en vista de concretar aquella recibida con anterioridad y por ende, la obligatoriedad de la misma es el mejor mecanismo para su protección.

De esta forma, se permite que el destinatario de la oferta tenga la seguridad de que podrá emitir su aceptación, sin el temor de que la oferta sea retirada en el intento.

Este sistema considera que la solución a los daños generados por la volubilidad del oferente dada por la doctrina francesa (la responsabilidad civil aquiliana del oferente y la obligación de resarcimiento por daños y perjuicios) no es la más eficiente, pues la función primordial del derecho es antes de solucionar problemas y determinar responsabilidades por daños, evitar que estos se den; por lo cual es preferible establecer la obligatoriedad legal de la oferta.

3) Sistema Italiano:

Dicho sistema en realidad constituye un modelo ecléctico o intermedio entre los dos antes señalados.

El *Codice* de 1942 ha señalado como principio general, que la oferta es revocable antes de su aceptación (incluso en caso se conceda un plazo para ello), salvo en caso que el oferente haya realizado una *oferta en firme*.

Sin embargo, al realizar esta *oferta en firme*, dicha declaración contractual asume las características propias de la oferta en el sistema alemán, pues no es revocable ni caduca por muerte o incapacidad sobreviviente del oferente, a menos que por la naturaleza del negocio se entienda su caducidad (por ejemplo en el caso de los contrato de servicios personalísimos).

En el caso peruano, considerando lo señalado en el artículo 1382° del Código Civil, De la Puente y Lavalle señala que “*la eficacia vinculatoria de la oferta descansa, pues, en*

la ley, sin que sea necesario que el oferente la quiera o conozca, de tal manera que no es necesario buscar otro fundamento a la fuerza obligatoria de la oferta”⁶⁶.

De esta manera, vemos que nuestro Código Civil reproduce las dos manifestaciones del también llamado Principio de Vinculación del Oferente:

- Una vez realizada la oferta, el oferente queda sujeto a las consecuencias de ella, independientemente de su voluntad (artículo 1382° del Código Civil).
- La autonomía de la oferta, la cual consiste en la independencia de esta respecto al fallecimiento o incapacidad del oferente (artículo 1383° del Código Civil). No ocurre lo mismo cuando sobrevenga el deceso o la incapacidad del destinatario.

Siendo así, nuestro Código Civil consagra la obligatoriedad de la oferta, por lo que dicha propuesta debe ser mantenida durante todo el plazo de su vigencia. Esto implica dos cosas: en primer lugar, que al permanecer la oferta incólume durante su vigencia, solo se necesita la simple aceptación del destinatario para concluir el contrato, pues el oferente estará vinculado indefectiblemente por ella; y en segundo lugar, el oferente está obligado a respetar la oferta, pues no será eficaz su “revocación”.

En tal sentido, mediante este régimen de obligatoriedad de la oferta, se logra un doble objetivo: proteger la confianza del destinatario de la oferta y brindar seguridad al tráfico jurídico. Ello permite que se pueda facilitar la realización de operaciones libres de trabas, así como la seguridad y rapidez en la celebración de los contratos⁶⁷.

Sin embargo, cabe señalar en este punto que la obligatoriedad de la oferta no implica la imposibilidad del oferente de realizar la misma oferta a otras personas distintas del primer destinatario, aun cuando sea incompatible con la primera oferta realizada, siendo normas distintas (como las de concurrencia de acreedores en el caso de obligaciones de

⁶⁶ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, p. 581.

⁶⁷ Ver Cárdenas Rodríguez, Luis (2007) Irrevocabilidad de la oferta contractual y revocabilidad limitada. En *Revista Crítica de Derecho Privado*, Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”, N° 1, p. 228 - 229.

dar) las que dilucidarán el posterior conflicto de intereses que pueda surgir entre los aceptantes.

Ahora bien, el propio artículo 1382° del Código Civil plantea tres excepciones a la regla de la obligatoriedad de la oferta: que lo contrario no resulte de los términos de ella, la naturaleza de la operación o las circunstancias del caso.

Con relación a la primera excepción antes indicada, resulta palmario que aquella oferta en la cual se indique de forma clara que no resulta vinculante, no podría generar razonablemente en el destinatario una expectativa tutelable de firmeza de la misma. Es por ello que resulta coherente que en dichos casos, la oferta respectiva no sea obligatoria para el oferente, salvo que el destinatario haya brindado su aceptación y por ende, se entienda celebrado un contrato.

Por otro lado, cabe indicar que algunos doctrinarios peruanos, como De la Puente y Lavalle y Castillo Freyre, han señalado que no existen posibilidades prácticas o reales de aludir como excepciones a la obligatoriedad de la oferta la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso, por lo cual el profesor Castillo Freyre ha considerado que estos dos supuestos deberían ser eliminados del artículo 1382° del Código Civil⁶⁸.

Sin perjuicio de ello, por ejemplo, Barboza afirma que un supuesto que podría encajar dentro de la excepción en función a la naturaleza de la operación, podría ser el de la oferta de enajenación de bienes perecibles⁶⁹. Siendo así, se debe tener en cuenta que, cuando menos, la excepción relativa a la “naturaleza de la operación” podría ser de utilidad a fin de mantener abierta la posibilidad que la casuística determine (a través de las autoridades jurisdiccionales) cuándo la regla de la obligatoriedad de la oferta razonablemente deba ser atemperada.

⁶⁸ Castillo Freyre, Mario (1998) *Tentaciones Académicas*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo II, p. 824.

⁶⁹ Barboza Beraún, Eduardo (2004) Obligatoriedad de la Oferta. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo VII (Contratos en general), p. 279.

Se puede decir junto con Diez-Picazo que *si bien la oferta vincula al oferente y crea en el destinatario una situación de legítima confianza, no es una fuente directa de obligaciones, siendo en realidad el contrato (una vez celebrado por la concurrencia de consentimientos del oferente y el aceptante) el acto jurídico que dará nacimiento a las obligaciones por parte de los contratantes*⁷⁰.

Sin embargo, mediante su oferta, el oferente se sujeta frente al destinatario de la misma, siendo este último quien mediante su aceptación dará nacimiento al contrato. Esta vinculación que genera la oferta (que no debe confundirse con el nacimiento de obligaciones propiamente dichas) se ve reforzada en aquellos sistemas (como el peruano) que dotan de exigibilidad y vinculatoriedad a la oferta, en sí misma.

En consecuencia, se puede afirmar, que si bien la vinculatoriedad no es un elemento constitutivo de la oferta (pues incluso en nuestro sistema, es posible que en ciertos casos la oferta no tenga este carácter y ello no invalida su naturaleza jurídica), sí es un efecto que por regla general se produce.

2.3 Revocación de la Oferta

Si bien en nuestro sistema, la regla es que la oferta contractual es vinculante para quien la realizó una vez que es recibida por el destinatario, el artículo 1384° del Código Civil establece la posibilidad que el oferente mediante comunicación anterior o simultánea al conocimiento de la oferta por parte del destinatario, indique que su oferta puede ser revocada antes de su aceptación (pues una vez comunicada la aceptación, el contrato se entenderá celebrado).

Debe también indicarse, que haciendo una interpretación *contrarius sensu* de esta norma, una vez que la oferta simple (sin reserva de revocación alguna) ha sido recibida por el destinatario, no podrá ser retirada ni revocada por el oferente, operando plenamente su obligatoriedad.

⁷⁰ Diez-Picazo, Luis (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, Editorial Civitas, Quinta Edición, tomo I, p. 285.

El sustento de lo antes señalado radica en el hecho que al llegar una oferta conjuntamente con la advertencia de que la misma podría ser revocada posteriormente por el oferente, no podría hablarse de una confianza surgida de esa afirmación respecto a la inalterabilidad de la oferta que necesite ser tutelada. No ocurre lo mismo en el caso que una oferta sin indicación en contrario, ya haya llegado al destinatario, pues tal hecho genera en el destinatario una confianza en la declaración que le fue dirigida⁷¹.

Dicha solución es consecuente con el carácter recepticio de la oferta, por ende, aun cuando la oferta se haya emitido como vinculante, si la declaración que elimina ese rasgo (porque crea el derecho potestativo de la revocación) llega antes o simultáneamente, la oferta nunca produjo los efectos vinculatorios⁷².

2.4 Plazo de la oferta

De la lectura del artículo 1375° del Código Civil⁷³, se desprende que el oferente tiene la potestad de establecer un plazo (el cual podría ser determinado o determinable⁷⁴) para que el destinatario formule y transmita su aceptación, por lo que la declaración de conformidad de la oferta pasado dicho límite temporal deviene en ineficaz.

Por otra parte, el plazo de la oferta es indeterminado cuando no ha sido establecido por el proponente o cuando el que ha establecido no es determinado o determinable. En estos casos, la ley se encarga de proporcionarnos las reglas que permiten llenar la omisión o el defecto de la oferta⁷⁵.

⁷¹ Para tales efectos, ver Cárdenas Rodríguez, Luis, *Op. Cit.*, p. 228.

⁷² Forno Flórez, Hugo, *Op. Cit.*, p. 129.

⁷³ **CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1375°.- La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

⁷⁴ Esto, en la medida que dicho plazo puede estar constituido por una fecha u hora precisa, o a través de la indicación de un elemento referencial que permita determinarlo.

⁷⁵ Forno Flórez, Hugo, *Op. Cit.*, p. 136.

El artículo 1385° del Código Civil consigna tres supuestos de caducidad de la oferta. Los dos primeros casos están referidos a la falta de aceptación oportuna del destinatario de la oferta, pues se entiende que si esta no fue aceptada inmediatamente por el destinatario en comunicación directa con el oferente o en un plazo razonable por aquel que no se encuentra en comunicación directa, entonces ha sido rechazada por el destinatario.

En los dos casos antes indicados, en caso de discrepancia entre las partes, será el Juez quien valorará las circunstancias del caso.

El tercer supuesto de caducidad se trata de la retractación del oferente, la cual se rige por las mismas reglas establecidas para el establecimiento de la facultad de la revocación del oferente: debe ser conocida por el destinatario antes o simultáneamente con la oferta, caso contrario dicha retractación no sería oponible.

Así, si el destinatario conoce conjuntamente de la oferta realizada en su momento y su retractación, en realidad se podría afirmar que dicha declaración del oferente nunca surtió efectos jurídicos, pues llegó a su destinatario desde el inicio como una declaración ineficaz y no vinculatoria.

Adicionalmente debe considerarse que el artículo 1387° contiene un cuarto supuesto de caducidad: la muerte o incapacidad sobreviviente del destinatario, siendo este último un punto de flexibilidad frente al modelo alemán adoptado.

2.5 Distinción con otras figuras

Es necesario también en este análisis, distinguir la oferta de cuatro figuras paralelas existentes en nuestro ordenamiento civil: la invitación a ofrecer, la promesa unilateral, la opción de contratar y las tratativas previas.

La invitación a ofrecer o la invitación a oír ofertas (*invitatio ad offerendum*) es un acto mediante el cual el declarante manifiesta su disposición e interés en recibir ofertas con la

finalidad de celebrar un determinado contrato, siendo finalmente el “invitante” quien se reserva la posibilidad de aceptar o rechazar las ofertas que reciba.

Se ha señalado entonces que la invitación a ofrecer, para ser tal, debe carecer de alguno de los elementos de la oferta. Normalmente, será una invitación a ofrecer aquella propuesta contractual que no sea autosuficiente o que no sea seria⁷⁶.

En este caso, el declarante no se obliga frente al destinatario de la invitación, pues en realidad será aquel que acuda a la misma quien tendrá la calidad de oferente. Un ejemplo clásico es la subasta pública, donde se convoca a diversos postores invitados por el subastador, quienes al realizar sus respectivas posturas, serán los oferentes frente al “invitante” y este último optará por aceptar la postura más alta.

Por su parte, la promesa unilateral no es un contrato, pero sí una fuente de obligaciones. La promesa unilateral (generalmente hecha al público), es un acto jurídico unilateral por el cual una persona se obliga de *motu proprio* a cumplir con una prestación a quien se encuentre en una cierta situación o ejecute determinado acto.

A diferencia de la oferta (que por sí misma no genera la obligación, pues la misma nace del contrato que en base a ella se pueda celebrar), la sola promesa vincula al promitente no sólo a mantenerla mientras no sea revocada (o culmine su plazo) sino a ejecutar la prestación prometida con la sola constatación de la situación prevista en la promesa o la realización del acto contemplado en ella.

En tercer lugar, la opción de contratar está regulada en nuestro Código Civil como Contrato de Opción (artículo 1419° del Código Civil), tratándose de un contrato preparatorio. Si bien mediante esta figura jurídica una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no, nos encontramos en realidad ante la existencia de un

⁷⁶ Súmar Albújar, Oscar y Luis Miguel Velarde Saffer, *Op. Cit.*, p. 108.

contrato previo, donde ya ha mediado un acuerdo de voluntades e incluso puede existir reciprocidad en mérito de una prestación a cargo de la contraparte.

En tal sentido, mientras que la oferta resulta irrevocable en la medida que el proponente no se haya reservado dicha facultad; en el caso del contrato de opción, la fuente de legitimación para el ejercicio del poder negocial y la situación de sujeción mediante la cual se instrumenta la irrevocabilidad, se producen en virtud del contrato, siendo este precisamente su objeto⁷⁷.

Finalmente, las tratativas previas al contrato si bien suelen darse en el caso de negociaciones especialmente complejas, no constituyen una manifestación de voluntad definitiva dirigida a obligarse, de la parte inmersa en estas tratativas. Se trata básicamente de “tanteos” o negociaciones más o menos adelantadas, pero que aún no han llegado a la concreción de una propuesta firme y definitiva, pues en realidad serían conversaciones no vinculatorias y solo destinadas a la preparación de un posible contrato, sin ofrecer por sí mismas fuerza obligatoria.

2.6 La policitación

Haciendo un poco de historia, Enneccerus señala que *“si bien el antiguo derecho alemán conocía las obligaciones procedentes de promesas unilaterales; en general, eran extrañas al derecho romano, a excepción de la llamada “pollicitatio” que se realizaba a un municipio bajo ciertos requisitos (justa causa o coeptum opus)”*⁷⁸.

Conforme nos enseñan Herrera Paulsen y Godenzi, *“la “pollicitatio” en el Derecho Romano era una declaración unilateral de voluntad, a través de la cual se podía formar un contrato cuando se encontrara con otra manifestación de voluntad concurrente, pues*

⁷⁷ A efectos de ahondar en este punto, se puede ver Forno Flórez, Hugo, *Op. Cit.*, p. 134 - 135.

⁷⁸ Enneccerus, Ludwig, *Op. Cit.*, p. 140.

mientras tanto el que formulaba dicha proposición no se encontraba aún obligado”⁷⁹; siendo esta descripción de dicha figura similar a la actual concepción de oferta.

Así, un importante sector de la doctrina la entiende a la policitación como equivalente al término “*oferta*”, encontrando en esta postura a Josserand⁸⁰ y Larroumet⁸¹.

No obstante, algunos consideran que la policitación es aquella declaración dirigida a personas no determinadas, es decir, que carecería de un destinatario preciso. En este sentido, la policitación sería sinónimo de oferta al público, tal como lo da a entender Ospina⁸² y Lafaille⁸³.

Una tercera tendencia considera que ambos términos son conceptualmente distintos, pues mientras la policitación es la oferta no aceptada, la oferta propiamente dicha es aquella que ha sido aceptada y forma un contrato. Por tanto, el elemento diferenciador de una y otra figura viene dado por la aceptación del destinatario. Esta posición es reseñada por Arias-Schreiber⁸⁴, aunque luego él indique que según nuestro Código Civil, policitación es sinónimo de oferta y propuesta.

Finalmente existe una cuarta posición que postula que la policitación es aquella propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario mientras que la oferta sí ha sido conocida. En este extremo se ubica Manuel de la Puente y Lavalle⁸⁵, aunque luego pareciera que gira hacia la posición de Ospina.

⁷⁹ Herrera Paulsen, Darío y Godenzi Alegre, Jorge (1999) *Derecho Romano*. Lima, Gráfica Horizonte S.A., p. 279.

⁸⁰ Josserand, Louis, *Op. Cit.*, p. 40.

⁸¹ Larroumet, Christian, *Op. Cit.*, p. 186.

⁸² Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 156.

⁸³ Lafaille, Héctor, *Op. Cit.*, p. 75.

⁸⁴ Arias-Schreiber Pezet, Max, *Op. Cit.*, p. 112.

⁸⁵ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, p. 582.

En tal sentido, la preparación de la oferta y su remisión califican como una “policitación”, deviniendo la misma en una oferta propiamente dicha cuando sea recibida por el destinatario y en tal sentido, llegue a su conocimiento⁸⁶.

Al respecto, debe señalarse que el Código Civil Peruano no contempla la policitación en su articulado, pues solo habla de oferta. Sin embargo, desde un punto de vista académico se podría considerar, en vista de lo antes expresado, concebir a la “policitación” conforme a la cuarta acepción antes indicada, a fin de diferenciarla terminológicamente de la “oferta”.

2.7 Momento de la convergencia de voluntades

El artículo 1373° del Código Civil peruano es claro al señalar que el contrato queda perfeccionado en el momento en que la aceptación es conocida por el oferente.

Ello denota que *“el consentimiento resulta de la armoniosa integración de la oferta con la aceptación, no bastando que ambas declaraciones de voluntad se intercambien. Es menester, además, que se combinen en el sentido de integrarse recíprocamente de modo tal que se produzca una coincidencia de las voluntades de ambas partes con relación al objeto del contrato”*⁸⁷.

En el caso de la contratación entre presentes, no se suscitan mayores problemas con relación al momento de su celebración, pues la proximidad física y la posibilidad de transmisión y recepción inmediata de las manifestaciones de voluntad, permiten que el acto de comunicación del mensaje que contiene la aceptación (por ejemplo, a través de la verbalización de las palabras “acepto la propuesta”), llegue simultáneamente al destinatario (por ejemplo, al oír las palabras antes mencionadas).

⁸⁶ Ver Revoredo de Debaquey (Compiladora) (1988) *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima, Segunda Edición, Parte III, Tomo V, p. 43.

⁸⁷ De la Puente y Lavalle, Manuel (2004) Perfeccionamiento del contrato. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo VII (Contratos en general), p. 229.

Sin embargo, el definir cuándo se entienden eficaces las declaraciones contractuales resulta de central relevancia, en aquellos casos en los cuales estemos frente a la celebración de contratos entre ausentes.

Dentro de este supuesto, podemos encontrar dos situaciones: (i) que la comunicación entre los contratantes se dé a través de medios de comunicación inmediata; (ii) que se valgan de mecanismos de comunicación no continua.

En el primer caso, si bien las partes no tienen proximidad física, la herramienta empleada les permite transmitir mensajes y recibirlos a tiempo real, lo cual en la práctica genera que la oferta y/o la aceptación sean recibidos por el destinatario inmediatamente luego de ser emitidos, de la misma forma que se produce en el caso de la contratación entre presentes. Si bien el ejemplo clásico de esta clase de comunicación era el teléfono, a la fecha el desarrollo de la tecnología permite nuevas formas de comunicación a tiempo real, como por ejemplo, las videoconferencias.

Por su parte, los medios de comunicación no continua se caracterizan porque entre la remisión de la declaración y su recepción media un intervalo de tiempo, no existiendo usualmente un conocimiento inmediato y efectivo por parte del destinatario, sino que es posible que transcurra un período antes de que acceda efectivamente al mensaje remitido. Dentro de este esquema, encontramos la correspondencia epistolar o telegráfica y más modernamente, el correo electrónico o los mensajes de texto.

Considerando este último supuesto, la doctrina ha desarrollado una serie de teorías que conviene repasar con relación de la eficacia del consentimiento, las cuáles son aplicables tanto a la oferta como a la aceptación:

- a) Teoría de la Declaración: Bajo dicha postura, basta la formulación de cualquiera de las declaraciones contractuales para que tengan efecto. En este sentido, las consecuencias de la oferta se producirán una vez que ésta haya sido declarada por

el oferente, y correlativamente, el contrato se entenderá perfeccionado cuando el destinatario de la oferta exprese su aceptación, obligando a sus celebrantes.

Esta posición entonces, se basa en la idea de que es cuando se exterioriza la aceptación cuando por primera vez coexiste con la oferta, y busca la máxima protección del aceptante⁸⁸.

Así, desde el momento en que las voluntades del proponente y el aceptante se han encontrado y unificado habría consentimiento, sin que exista (bajo dicho orden de ideas) la necesidad de exigir otros requisitos adicionales que solamente pueden servir para ratificar este hecho cumplido. Sus defensores señalaron que dicho sistema era el más eficaz para asegurar la efectividad y rapidez del tráfico comercial.

Sin embargo, este sistema tiene un inconveniente práctico: la incertidumbre que arroja acerca del momento en que los contratos se perfeccionan y la dificultad de establecerlo. Por otro lado se puede señalar que la aceptación debe estar dirigida al oferente y no resulta suficiente su mera emisión; en caso contrario, el oferente se vería obligado en virtud de una declaración que no puede conocer⁸⁹.

- b) Teoría de la Expedición: En este caso, no basta la sola declaración de oferta o de su aceptación, sino que se exige que la misma haya sido expedida a su destinatario para que surta sus efectos jurídicos. Por ende, a diferencia de la anterior (de carácter eminentemente subjetivo) se basa en un criterio objetivo: que el aceptante ha encauzado su respuesta en dirección al oferente⁹⁰.

⁸⁸ González Gonzalo, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 704.

⁸⁹ Díez-Picazo, Luis, *Op. Cit.*, p. 319.

⁹⁰ Pérez-Serrabona González, Francisco Javier (2014) Los cambios producidos en la contratación con declaraciones de voluntad no simultáneas: un análisis desde el punto de vista de la evolución del ordenamiento jurídico español. En *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, N° 128, p. 217.

El acto de la expedición de la respuesta afirmativa a la oferta (mientras esta última haya estado vigente) determinará el momento de celebración del contrato y sus efectos entre las partes.

Este sistema otorga mayores elementos que el anterior, sin embargo tampoco está exento de críticas. Por una parte, se señala en este sistema queda un margen para la indeterminación, pues puede suceder que a pesar de ser expedida la declaración, ésta por razones ajenas a la voluntad de las partes no llegue al destinatario. Asimismo, si bien puede tener cierto grado de operatividad cuando se utilicen medios que permitan certificar la expedición, existen otros mecanismos (igualmente válidos) que no dan esas facilidades y que muchas veces son los más veloces, los cuáles quedarían en un estado de indefinición.

Entonces, las objeciones a esta postura pueden resumirse en: 1) no hace hincapié en el carácter recepticio de las declaraciones, 2) parece injusto vincular al oferente a una declaración que ignora⁹¹.

- c) Teoría de la Recepción: Consiste en exigir que la contestación de la oferta llegue al domicilio de proponente, aunque este, por cualquier causa, no se imponga de su contenido⁹². Ello también es aplicable para la comunicación de la oferta.

En este sentido, si se trata de una aceptación enviada al oferente, el contrato se entiende celebrado cuando por ejemplo, el documento material que contiene la aceptación llegue a poder del oferente, sin perjuicio de que el destinatario (oferente) haya o no tomado conocimiento efectivo o real del mismo.

La crítica que se le hace a esta teoría radica en el hecho de que la recepción de la declaración no implica necesariamente que el destinatario la haya conocido. Así

⁹¹ Durany Pich, Salvador (1993) *La Formación del contrato*. Tesis doctoral. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, p. 228. Este documento puede ser hallado en el siguiente enlace: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7316/TSDP2de4.pdf?sequence=2>

⁹² Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 165.

pues, se podría dejar una grabación de voz en el abonado telefónico del oferente comunicando la aceptación, sin saber que este ha cambiado de número, con lo cual dicha aceptación (con la cual el contrato quedaría perfeccionado al ser recibida) no podría ser conocida por el oferente destinatario de la misma.

- d) Teoría de la Cognición: Esta teoría nace a raíz de la crítica realizada a los anteriores sistemas, los cuáles eran considerados defectuosos, al permitir que el oferente quede obligado por un contrato cuyo perfeccionamiento podría ignorar. Al respecto, se podría afirmar que la equidad exige que ambos interesados, no uno solo de ellos, conozca sus obligaciones desde el momento en que estas nacen.

Se propugna entonces, que para que el consentimiento se configure, es necesario que la declaración de la aceptación haya llegado a conocimiento del oferente de forma real y efectiva.

En este caso, no se pretende llevar al extremo este razonamiento y establecer la exigencia de que el oferente comunique a su vez al aceptante que ha tomado conocimiento de su aceptación; pues en caso de comunicarla quedaría la duda de si el aceptante ha recibido dicha comunicación, lo que llevaría a un círculo vicioso de comunicaciones confirmatorias entre las partes. No obstante, se critica este sistema señalando que no resulta eficiente cuando la formación del consentimiento se produzca mediante una aceptación tácita.

Asimismo, se cuestiona dicha postura, señalando que por proteger al oferente y darle la certeza que no le brindan las demás teorías, se coloca en una situación de incertidumbre al aceptante, quien no sabe en qué momento ha sido conocida efectivamente su aceptación y por ende podría quedar vinculado a un contrato cuya existencia ignora (pues este se formará con el conocimiento del oferente de la aceptación enviada).

El artículo 1373° del Código Civil Peruano recoge la teoría de la cognición, al establecer que el contrato se considera celebrado y perfeccionado cuando la aceptación es conocida por el oferente. En este sentido *“la aceptación declarada es existente, pero ineficaz, o sea no produce efecto alguno, hasta que es conocida por el oferente. Sólo a partir de este momento, la aceptación es existente y eficaz, o sea es completa”*⁹³.

Sin embargo, el artículo 1374° Código Civil luego opta por “matizar” la teoría de la cognición con elementos derivados de la teoría de la recepción. En dicha norma se señala que la oferta, su revocación, la aceptación, o cualquier otra declaración, se consideran conocidas cuando llegan al ámbito del destinatario; por lo tanto, el contrato se formará cuando la aceptación arribe al domicilio del oferente. Ahora bien, la presunción antes señalada es *iuris tantum* (admite prueba en contrario), pues si el destinatario de cualquiera de las declaraciones contractuales (oferta, revocación, aceptación, contraoferta) se hubiese encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerlas, el contrato no se considerará formado.

Asimismo, mediante la Ley N° 27291 se incorporó al texto original del artículo 1374° un párrafo referido a la contratación electrónica, en donde se establece una segunda presunción en función del acuse de recibo. En tal sentido, cuando la contratación se lleve a cabo mediante el empleo de estas herramientas tecnológicas, se entenderá recibida la declaración contractual, cuando el remitente de la misma (oferente u aceptante) reciban el acuse de recibo, lo cual por supuesto, dependerá del mecanismo de transmisión empleado⁹⁴.

⁹³ De la Puente y Lavalle, Manuel (2003) *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima, Palestra, Segunda Edición, p. 588.

⁹⁴ La norma en cuestión no precisa alguna formalidad específica que debe tener este acuse de recibo. En tal sentido, podría materializarse mediante una comunicación que reciba el emisor del mensaje que denote la recepción o una respuesta automatizada que genere certeza de su adecuada recepción.

CAPÍTULO 3: CRISIS DE LA CONTRATACIÓN CLÁSICA Y LA CONTRATACIÓN EN MASA

La codificación civil clásica se sustentó en la ideología de corte liberal *en voga* durante la parte final del siglo XVIII (en esa época fue publicada “La Riqueza de las Naciones” de Adam Smith y se produjo la Revolución Francesa) y en especial durante el siglo XIX. En esta etapa, se valoró la iniciativa individual como el medio más eficiente de lograr el bienestar económico, relegando al Estado a un rol secundario y de mero garante (recordemos la famosa frase *laissez faire, laissez passer*⁹⁵). Esto se vio reflejado en el Código Civil Francés de 1804 (Código de Napoleón), que tanta influencia tuvo en América Latina.

En este escenario, se entendió al contrato básicamente como un acto jurídico bilateral, voluntario, donde ambas partes participaban de una etapa de negociación previa y por el cual aquellas, en igualdad de condiciones, dotaban conjuntamente de contenido al contrato. Es dentro de esta concepción que se cimentó la idea del contrato sobre tres pilares, que hasta el momento se mantienen en nuestro sistema civil: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo.

Estos tres elementos se encuentran la configuración contractual propia del derecho civil tradicional y la contratación clásica, pues “*las partes podrán contratar sobre cualquier materia no prohibida (autonomía de la voluntad), y así todo acuerdo de voluntades mediante las cuáles las partes tienen la intención de vincularse creando derecho y obligaciones correlativas es contrato, el cual obliga a ambas partes iguales y goza de protección jurídica*”⁹⁶. Es por esto que se considera comúnmente al contrato como ley entre las partes, pues ninguna otra ley distinta podrá satisfacer de mejor manera sus intereses.

⁹⁵ Dejad hacer, dejar pasar.

⁹⁶ Lacruz Berdejo, José Luis, *Op. Cit.*, p. 265.

Esta concepción clásica de la contratación, se condecía en cierta manera con la “verdad sociológica” existente en las décadas siguientes a la Revolución Francesa, que enfatizaba la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Sin embargo, durante el siglo XX se evidenció que aquella reputada igualdad formal ante la ley (a pesar de su importancia) no tenía necesariamente correlato en la realidad económica existente, donde se evidenciaba que a veces las partes contratantes no eran iguales.

El capitalismo en su última etapa exige, debido a la competencia, la reducción de los costos de los agentes concurrentes en el mercado. Esto conduce a la producción en masa de bienes y servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de estos bienes y servicios producidos. El empresario, en el capitalismo avanzado, tiene que llevar a cabo una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el número real de los eventuales clientes, a los que es necesario captar a través de fenómenos muy singularizados como el marketing y la publicidad⁹⁷.

En tal sentido, el modelo contractual tradicional se ha visto desbordado por la intensificación de la especialización y el ascenso de las economías de escala; lo cual, conjuntamente con la consolidación de los contratos de consumo, ha dado lugar a la contratación en masa.

Al respecto, Bullard señala que *“el hombre vive atravesado por los estándares. El comportamiento humano se ha convertido en un fenómeno estadístico. Nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos vendemos en masa, vivimos en masa”*⁹⁸. Esto se pone de manifiesto en la vida diaria, pues basta revisar nuestro itinerario diario para percibir este fenómeno contractual.

Así, al despertarnos y ver (u oír) los noticieros matutinos, somos receptores de un cúmulo de publicidad en forma de tandas comerciales. Luego al movilizarnos hasta

⁹⁷ Díez-Picazo, Luis, *Op. Cit.*, pp. 130 – 131.

⁹⁸ Bullard González, Alfredo (2009) *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Editorial Palestra, Segunda Edición, p. 497.

nuestro centro de trabajo o estudios, mientras viajamos en una unidad de transporte público masivo, observamos todo tipo de anuncios publicitarios y Ofertas al Público en la vía pública. La Internet, además de ser una valiosa herramienta de trabajo también está plagada de ofertas y promociones de consumo; asimismo, celebramos una serie de contratos de consumo desde que adquirimos un lapicero hasta cuando acudimos a nuestro restaurante favorito a almorzar. Finalmente, si deseamos abrir una cuenta de ahorros, obtener una tarjeta de crédito o el servicio de televisión por cable, por ejemplo, debemos celebrar contratos por adhesión con las entidades prestadoras de dichos servicios, sometiéndonos a una serie de cláusulas redactadas por el proveedor de manera unilateral y con antelación.

La contratación en masa se ha expandido de manera sumamente veloz en estas últimas décadas, lo cual reviste una importante complejidad para las estructuras clásicas del derecho. El desarrollo del capitalismo y la economía de mercado, así como la producción en serie y la concentración empresarial han derivado en la generación de nuevas técnicas de creación de relaciones jurídicas patrimoniales.

En tal sentido, la contratación en masa es un fenómeno producto del crecimiento económico y la dinamización de las relaciones comerciales, donde sin suprimir el consentimiento, los proveedores de bienes y servicios (comerciantes y prestadores de servicios) tienen por finalidad la celebración de la mayor cantidad de contratos posibles con el número de consumidores que sea necesario, sin importar la identidad o elementos de personalidad de cada consumidor, sino únicamente su capacidad económica, que les permita solventar la contraprestación exigida por el proveedor para brindar sus productos o servicios.

Por ende, la contratación masiva no debe entenderse como la celebración de contratos con “las masas” (como si fuesen una entequeia en sí mismas) *“sino como contratos de un mismo tipo contractual, celebrados en forma estandarizada con cada uno de los*

individuos que desean adquirir un bien o servicio. Es decir, se utiliza cuantitativamente un contrato típico o atípico”⁹⁹.

Citando a Bullard, el diseño de contrato del derecho civil clásico *está hecho para responder a un mercado de corte “artesanal”¹⁰⁰*. Es por esta razón es que un sector de la doctrina habla de una “crisis del contrato”¹⁰¹, aunque en realidad el contrato como figura jurídica no está en crisis, pues no solo sigue siendo la figura jurídica principal dentro de nuestro sistema comercial, sino que por el contrario, su utilización se ha multiplicado en virtud a la dinamización de la economía y la introducción de comportamientos propios de una cultura de consumo.

La aparición de este importante fenómeno jurídico ha trastocado de manera considerable la aparentemente acabada estructura de nuestro Derecho Privado. La configuración de los sistemas civiles (entre ellos el contenido en el Código Civil peruano de 1984) se ha visto rezagada frente al inexorable avance y masificación de esta nueva clase de contratación, lo cual ha significado en muchos casos, como se verá más adelante, su complementación con disciplinas orientadas a la ordenación del mercado, como el Derecho del Consumidor.

En efecto, los rápidos cambios en el mundo económico y comercial han producido una “crisis de la contratación clásica”, la cual se ve reflejada en la constatación de la existencia de una desigualdad entre las partes contratantes, así como limitaciones respecto a la voluntad de las mismas.

Revisando las normas de contratación tradicionales, se observa que *“aunque ningún artículo del Código Civil disponga expresamente que los contratantes son iguales al contratar y que tienen la misma información y capacidad económica para llevar a cabo*

⁹⁹ Soto Coaguila, Carlos Alberto (2005) *Transformación del Derecho de los Contratos*. Lima, Editora Jurídica Grijley, p. 43.

¹⁰⁰ Bullard González, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 502.

¹⁰¹ Borda, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 11.

la negociación y ejecutar las prestaciones a su cargo, es evidente que tales ideas constituyen uno de los presupuestos centrales de la regulación del Código”¹⁰².

Sin embargo, comúnmente en la vida cotidiana vemos que no existe esta alegada igualdad de forma plena. La falta de igualdad entre proveedores y consumidores no sólo radica en la diferencia de poder económico que muchas veces se ponen de manifiesto al relacionarse, sino que el factor de asimetría informativa juega un importante desequilibrante entre las partes. Esta diferencia informativa significa que el proveedor por su experiencia en el mercado cuenta con más y mejor información que los consumidores, siendo inclusive que esta información en algunas ocasiones es razonablemente inaccesible para el consumidor, por lo cual se entiende que se encuentra en una situación naturalmente desigual, pues exigirle tomar conocimiento de la misma por sus propios medios elevaría en gran medida los costos de transacción.

En vista de este nuevo escenario en las transacciones de bienes y servicios “*puede advertirse con claridad un replanteamiento del papel de la autonomía de la voluntad en el nuevo derecho de los contratos. Así, los cambios no se reducen a afirmar la existencia de una nueva modalidad de contratar, sino algo más radical: el cambio de la teoría general de los contratos y de las obligaciones y, más radicalmente aún, de la misma determinación del concepto y efectos de la autonomía de la voluntad*”¹⁰³.

Esto denota entonces que el contrato clásicamente comprendido, celebrado de forma negociada y carácter paritario, ha visto reducida su preponderancia en las transacciones comerciales usualmente celebradas por el común de los ciudadanos, quedando relegado en su posición de “paradigma de contrato”.

¹⁰² Lasarte, Carlos (2006) *Contratos. Principios de Derecho Civil III*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, Novena Edición, p. 71.

¹⁰³ Gutierrez Camacho, Walter (2000) El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica. En Autores Varios. *Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 182.

3.1 Causas y manifestaciones

El profesor Borda¹⁰⁴ ha mencionado cuatro causas que han contribuido para la producción de la crisis de la contratación clásica:

- Causas de orden económico: Para que el contrato se considere, *prima facie*, justo y merezca respeto, debe ser resultado de una negociación libre. Sin embargo, el devenir del capitalismo ha generado una mayor concentración de recursos en manos de pocos agente económicos (sean particulares o empresas), de tal manera que la igualdad y la libertad de consentimiento subsisten en el plano jurídico, pero tienden a diluirse en el económico.

Esto se ve manifestado en los llamados Contratos de Adhesión, en los cuales la parte más débil solo tiene la opción de tomar el bien o servicio en las condiciones propuestas o dejarlo, por lo cual la decisión de esta parte se verá afectada por factores externos tales como la necesidad que tenga de dicho bien o servicio, quedando así sujeta en gran medida a lo elástica o inelástica de la demanda de dicho producto.

- Causas de orden político: El individualismo tan propio del siglo XIX está dejando paso a una concepción social de los problemas humanos. De esta manera, existe dentro los actuales planes y discursos políticos un componente (antes ausente) de justicia distributiva.
- Causas de orden filosófico: Se ha puesto en duda el potencial de la voluntad individual para crear relaciones obligatorias. Al respecto, han surgido diversas críticas, tales como señalar que si la voluntad fuera la justificación exclusiva de la obligación contractual, se podría llegar a cuestionar el hecho que los contratos sigan obligando a las partes cuando ya no se deseen continuar ligadas a él.

¹⁰⁴ Borda, Guillermo, *Op. Cit.*, pp. 11-13.

Cabe resaltar lo señalado sobre este último punto por Borda: *“en verdad, la obligación contractual nace cuando y porque las partes lo quieren. Pero para explicar la permanencia de la obligatoriedad de este vínculo cuando la voluntad que le dio vida ya no existe, hay que recurrir a la idea de la necesidad y la seguridad económico-sociales (...) no se trata sólo de la voluntad, hay también una cuestión de interés general comprometido en el respeto de los contratos”*¹⁰⁵.

- Causas de orden moral: La fuerza obligatoria de los contratos no se aprecia solo desde el punto de vista del deber moral de hacer honor a la palabra empeñada, sino que también se considera a los contratos como instrumentos de la realización del bien común. Esto no significa una declinación de la moral individual, sino una mayor consideración de justicia conmutativa.

En este sentido, se entiende que un contrato no es justo únicamente por haber sido producto del acuerdo de voluntades de ambas partes, sino que se deberá examinar si la equidad ha sido respetada.

Es recurrente en diversos textos jurídicos observar que se habla de una crisis en la contratación clásica (o en otros casos, se menciona la existencia de una “crisis del contrato”, denominación que tal como se ha indicado, no sería precisa), por lo que cabe señalar las principales manifestaciones de este fenómeno, las cuales son básicamente cuatro:

- a) El dirigismo contractual: En principio, los contratos al ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes, tienen una configuración interna librada al libre arbitrio de las mismas.

El Estado solo fija límites básicos, a través de normas de orden público y en salvaguarda de las buenas costumbres, previendo diversas otras normas que actúan de manera supletoria a la voluntad de las partes, pues los contratantes están

¹⁰⁵ Borda, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 13.

facultados para pactar en contra de ellas, en la medida que no sean de orden público ni la estipulación en contrario está reñida con las buenas costumbres.

Sin embargo, producto de la contratación en masa (en especial en el caso de servicios públicos) el Estado ha dictado normas que reglamentan de manera minuciosa ciertos contratos en algunos sectores económicos. En otros casos, inclusive el Estado asume la función de aprobar o no los contratos de adhesión previamente redactados por las entidades prestadoras de servicios públicos. Esto refleja la nueva tendencia al dirigismo contractual.

- b) Nuevas formas contractuales: Si bien la forma clásica de contratación suponía la existencia de una etapa previa de negociaciones antes de celebrar el contrato, la contratación en masa ha impulsado y generalizado la existencia de una clase de contratación distinta: los contratos de adhesión.

En esta forma contractual, no existe una etapa de negociaciones previas, pues es el proveedor quien redacta las cláusulas contractuales en su integridad y coloca a sus contrapartes contractuales ante la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas en su integridad.

La coexistencia de cláusulas generales de contratación, conjuntamente con algunas otras derivadas de una negociación entre las partes, es una forma atenuada de esta nueva concepción contractual.

- c) Reforzamiento del carácter vinculante de las normas dispositivas: La regulación normativa en materia contractual tradicionalmente ha tenido un carácter supletorio, por lo que las partes muchas veces tenían la libertad de pactar algo distinto.

No obstante, con la finalidad de mantener la equidad dentro de las relaciones contractuales derivadas de esta contratación masiva y usualmente asimétrica, la normativa (principalmente sectorial) ha establecido una mayor cantidad de reglas

imperativas que deben ser observadas al momento de establecer el contenido contractual.

- d) Intervención judicial en las relaciones contractuales: Dentro del esquema clásico liberal, el contrato es producto de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo por ende “ley entre las partes”.

Esta era la piedra angular en materia de justicia contractual, orientada principalmente a la protección de la voluntad expresada por los intervinientes. Por ende, el enfoque se encontraba dirigido a salvaguardar el contrato de la existencia de vicios en el consentimiento, interpretar su contenido y velar por la eficacia del mismo.

Si bien lo antes señalado, así como el principio *Pacta Sunt Servanda* mantienen su vigencia, se ha visto atemperado por nuevos criterios, tales como el valor equidad. Siendo así, ha cobrado especial importancia el principio de la buena fe y la evaluación de lo “pactado” por las partes, a través de herramientas como, por ejemplo, el control de cláusulas abusivas o vejatorias.

3.2 Contratos por adhesión y con cláusulas generales de contratación

En este punto es pertinente ahondar un poco respecto a las dos principales nuevas formas de contratación: el contrato por adhesión y el contrato con cláusulas generales de contratación.

En el caso de los contratos por adhesión, es una de las partes la que prepara antelada y unilateralmente la integridad de las estipulaciones contractuales, quedando la otra parte en la posición de aceptar o rechazar en su integridad lo propuesto. Por consiguiente, este último se ve desposeído de la facultad de discutir el contenido de la regulación negocial.

Se puede afirmar entonces, que en esta clase de contratos, nos hallamos ante la unilateralidad de su conformación interna y la aceptación en bloque en su contenido.

Por su parte, las cláusulas generales de contratación son un conjunto de estipulaciones pre-elaboradas de forma abstracta, con el objeto de que formen parte de un conjunto indefinido de futuros contratos a celebrarse. Por ende, encontramos dentro de sus características: la predisposición, la generalidad, la uniformidad, la abstracción y la inmutabilidad¹⁰⁶.

El Código Civil peruano ha regulado dichas cláusulas, estableciendo reglas tanto para aquellas que se encuentran aprobadas administrativamente como respecto de las que no cuentan con tal aprobación previa (siempre que las mismas hayan sido conocidas o conocibles por la parte no proponente)¹⁰⁷.

Estas formas de contratación representan la “contratación en masa” propia del desarrollo comercial de las últimas décadas. Si bien como ya ha sido señalado, mediante este mecanismo se logra agilizar considerablemente el tráfico comercial, pues se elimina la etapa de negociaciones previas a la celebración del contrato y se uniformiza las prestaciones y las condiciones de aquellas, también se observa que restringe las opciones a la contraparte, y por ende, limita el despliegue pleno de su libertad contractual, en lo relativo a la configuración interna del acto a celebrar.

Finalmente, el contrato “reglamentado” es una de las manifestaciones del dirigismo contractual, donde el legislador o la autoridad administrativa con facultades normativas fija imperativamente alguna de las condiciones o todas, lo cual es algo muy frecuente por ejemplo en los contratos de servicios públicos, sujetos a regulación económica¹⁰⁸, donde una de las partes (al gozar de un monopolio natural) se encuentra en una posición preponderante de manera tal que pueda determinar las condiciones del contrato, tales

¹⁰⁶ Soto Coaguila, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, p. 50.

¹⁰⁷ Para tales efectos, se pueden revisar los artículos 1392° al 1397° del Código Civil.

¹⁰⁸ En el caso peruano, los servicios de telecomunicaciones, suministro de energía eléctrica y gas natural, servicios de saneamiento, así como el acceso y servicios vinculados a la infraestructura de transporte.

como precio o forma de la prestación, con prescindencia del resto de agentes del mercado.

3.3 La libertad de contratar en la contratación en masa

Si bien como consecuencia de la crisis de la contratación clásica, se puede ver afectado el principio de la autonomía de la voluntad, esto no significa su desaparición del ámbito contractual, pues las partes siempre serán libres de celebrar o no el contrato en cuestión.

En tal sentido, todo sujeto de derecho se encuentra en libertad para concluir o no un determinado contrato (salvo excepciones figuradas en la ley, razones de moral u orden público), siendo importante rescatar que esta libertad jurídica estructuralmente subsiste, aunque muchas veces condicionada por las circunstancias propias de la vida en sociedad y la atención de ciertas necesidades cotidianas (muchas veces, indispensables).

En este caso, aun cuando la contratación en masa y la utilización de cláusulas generales de contratación y contratos de adhesión restringen la facultad de una de las partes a decidir sobre las cláusulas del contrato a celebrar, ello no determina que el cliente o consumidor inexorablemente deba aceptar dichos contratos propuestos, pues siempre mantendrá el derecho a celebrar el contrato o negarse a hacerlo.

En nuestro ordenamiento no existen “contratos forzosos”, pues la voluntad coincidente de todas las partes participantes es un requisito *sine qua non* para la formación contractual. Es importante indicar que casos tales como la expropiación, no son contratos, sino transferencias forzosas de propiedad, pues no puede reputarse como contrato a aquella relación conminatoria.

3.4 Consecuencias de la difusión de la contratación en masa

Las economías a escala y el consumo masivo, así como la masificación de los contratos de consumo hicieron evidentes las limitaciones del Derecho Civil tradicional, lo cual

conllevó al legislador a intervenir de dos maneras: reconociendo esta realidad económica a través de mecanismos jurídicos más expeditivos y dinámicos para este nuevo tipo de relaciones jurídico-comerciales, y también en defensa de la parte manifiestamente más débil, que es el consumidor.

Siendo así, el legislador ha impuesto en los contratos consecuencias y limitaciones no previstas por los contratantes, siempre que lo requiera el interés público. De esta forma, se busca suplir la falta de condiciones de libertad e igualdad entre los contratantes; bajo la premisa de que, caso contrario, se estaría permitiendo al más fuerte abusar del más débil. Esto se ha visto especialmente dentro del ámbito del Derecho del Consumidor.

Lo antes dicho, no quiere decir que solo a raíz de la crisis de la contratación clásica el legislador ha podido intervenir de una u otra manera en los contratos celebrados por las partes. En este sentido, Lacruz Berdejo señala que *“del principio de la autonomía de la voluntad no se sigue que las estipulaciones contractuales hayan de valer exactamente conforme al querer de cada una de las partes, o que sólo valga lo que las partes expresamente quieren. Al contrario, en todos los contratos típicos las normas supletorias, derogables por las partes pero eficaces mientras no sean expresamente eliminadas, configuran muchas veces todos los aspectos accesorios del contenido contractual. En su virtud, las partes se ven sometidas acaso a obligaciones que, de haber conocido, habrían rechazado”*¹⁰⁹.

Además de la intervención estatal en la autonomía privada, también se puede apreciar que los propios particulares han dejado de actuar necesariamente de manera individual, para pasar a organizarse como grupo o grupos orientados hacia la defensa de sus intereses, sin necesidad de constituirse en una sola parte contractual. En este sentido, podemos observar la aparición y consolidación del llamado “movimiento consumerista”, de gran auge en Europa y Estados Unidos, que se manifiesta en la actuación de múltiples agrupaciones de consumidores y usuarios, las cuáles no solo promueven diversas campañas en defensa de sus intereses, sino que ejercen una función de monitoreo del

¹⁰⁹ Lacruz Berdejo, José Luis, *Op. Cit.*, p. 267.

mercado, fiscalizadora (mediante el ejercicio de denuncias en la vía administrativa pertinente e incluso a nivel judicial) y de iniciativa normativa mediante la formulación e impulso de propuestas ante los órganos estatales competentes con la finalidad de implementar una legislación que proteja sus intereses frente a las grandes compañías y a los proveedores profesionales de bienes y servicios.

3.5 Importancia de los nuevos esquemas contractuales

Sin perjuicio de lo antes anotado, es relevante resaltar que estas nuevas modalidades de contratación no son perniciosas *per se*, pues su empleo en concordancia con la protección del interés público puede convertirse en una herramienta muy importante para el bienestar general. A pesar de algunas experiencias negativas (producto de su abuso), la contratación en masa ha demostrado su importancia en especial en la rama de los servicios públicos.

Por otra parte, al margen de los problemas que ha representado para la teoría general de los contratos, dichos contratos han impulsado la celebración masiva de transacciones dentro del mercado, posibilitando su dinamización.

Cabe señalar que la existencia de este fenómeno no significa la extinción o reducción de la contratación bajo los esquemas clásicos a su mínima expresión. En algunas esferas aún existe la llamada negociación contractual, sin embargo es en otros sectores (de carácter masivo) como el de servicios públicos, donde se han visto más afectados los presupuestos de la contratación clásica para dar lugar a la contratación en masa, los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación.

En este sentido, compartimos la opinión de Borda cuando afirma *“en verdad, la llamada crisis del contrato es más bien una evolución reclamada por las circunstancias (principalmente económicas) en que actualmente se desenvuelven las relaciones jurídicas y por una mayor sensibilidad del espíritu moderno, que se revela contra toda*

forma de injusticia”¹¹⁰. Esto último tiene como reflejo el hecho que han quedado atrás las concepciones rígidas del contrato que concebían la literalidad de su contenido como un aspecto inatacable e irrevisable, para pasar a una visión más equitativa, tomando en cuenta la existencia de circunstancias que pueden generar distorsiones en la voluntad de las partes, como en el caso de la lesión, la excesiva onerosidad en la prestación o la asimetría informativa en el caso de las normas de derecho del consumidor.

En consecuencia, la contratación masiva es un fenómeno jurídico – económico no solo real, sino hasta cierto punto necesario en virtud del normal desenvolvimiento de las actividades económicas. Es bajo esta concepción que vamos a tratar y enmarcar la presente investigación referente a la Oferta al Público, pero sin olvidar que esta crisis de la contratación clásica si bien implica su menor significancia cuantitativa frente a los contratos en masa o de consumo, no conlleva a su desaparición. Por consiguiente, las reglas generales contenidas en el Código Civil que regulan la formación de los contratos, deben ser analizadas conjuntamente con los recientes dispositivos legales en materia de protección al consumidor y demás normas vinculadas, tomando en cuenta que a pesar de existir una crisis en la contratación clásica, no puede hablarse de un desplazamiento de dichos contratos por aquellos celebrados “en masa”, sino antes bien de una coexistencia de ambas formas contractuales dentro del tráfico jurídico – patrimonial.

¹¹⁰ Borda, Guillermo, *Op. Cit.*, p.17.

CAPÍTULO 4: LA REGULACIÓN CIVIL DE LA OFERTA AL PÚBLICO

4.1 Referencias históricas respecto al tratamiento de la Oferta al Público en el Código Civil

Corresponde en esta parte hacer una breve reseña histórica sobre la legislación nacional relacionada al tema de análisis. Como se sabe, el Perú ha tenido en su historia republicana 3 Códigos Civiles: el de 1852, el de 1936 y el actual de 1984. En estos tres códigos se reguló la materia contractual, incluyendo la formación de los contratos y la oferta.

El Código Civil de 1936, conforme nos relata De la Lama¹¹¹ estaba dividido en solo tres libros: De las personas y sus derechos (que incluía normas de derecho de personas y de derecho de familia); De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas (que incluía normas relativas a derechos reales, derecho de sucesiones y sobre lo que ahora conocemos como sociedad de gananciales); y De las obligaciones y contratos (que incluye la parte general de los contratos, diversos contratos en especial, los llamados “contratos reales”, garantías reales, diversas fuentes de obligaciones, responsabilidad civil y extinción de las obligaciones).

Es en el Título 2 (De los contratos en general) y el Título 3 (De los requisitos esenciales de los contratos) de la Sección Primera (Principios generales) del Libro Tercero (De las obligaciones y contratos), donde encontramos los primeros antecedentes sobre la oferta y la Oferta al Público.

El artículo 1226° del Código Civil de 1852 señalaba que el “*contrato es un convenio celebrado entre dos o más personas, por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”. De esta manera encontramos que es el acuerdo de voluntades el que da

¹¹¹ De la Lama, Miguel Antonio (1920) *Código Civil Anotado y Concordado*. Lima, Librería e Imprenta Gil, Quinta Edición, p. III.

nacimiento al vínculo contractual entre dos o más personas. En concordancia con lo antes indicado, el numeral 1 del artículo 1235° del mismo cuerpo normativo establecía como requisito de validez de los contratos el consentimiento de las partes.

Como se puede apreciar, más allá del entendimiento del contrato como un resultado de la concurrencia de la voluntad de dos o más personas, no existe en dicho código norma alguna que desarrolle las declaraciones contractuales tendentes al perfeccionamiento del contrato, sino que entra directamente a clasificar los contratos y normar los llamados vicios de la voluntad, sin regular la oferta y la aceptación.

Es con el Código Civil de 1936 que se empieza a hablar de oferta contractual, siendo por ello que el doctor Cornejo señalaba, comparando el Código Civil de 1936 con el de 1852, que *“la consideración del valor jurídico de la oferta como punto inicial del acto contractual, es una de las reformas de más importancia llevada a cabo por la nueva legislación, pues si bien no afecta a la esencia de las cosas, tiene gran importancia práctica y comporta notable perfección técnica”*¹¹².

Este Código se encontraba dividido en cinco libros: del derecho de las personas, del derecho de familia, del derecho de sucesión, de los derechos reales y del derecho de obligaciones, incluyendo este último diversas normas sobre el acto jurídico, prescripción extintiva, obligaciones y fuentes de las obligaciones

Conforme al artículo 1330° de dicho Código Sustantivo (concordado con 54° y 55° del Código de Comercio por Aparicio y Gómez Sánchez¹¹³) se hablaba ya de la oferta contractual, pero esta norma se limitó a señalar los casos en que caducaba o dejaba de ser obligatoria.

Sin embargo, el Código Civil Peruano de 1936 no incluyó en su articulado ninguna referencia expresa a la Oferta al Público, aunque por ejemplo León Barandiarán, al

¹¹² Cornejo, A. Gustavo (1939) *Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario*. Lima, Imprenta y Librería Gil, p. 85.

¹¹³ Aparicio y Gómez Sánchez, Germán (1940) *Código Civil (concordancias)*. Lima, Imprenta Americana, Segunda Edición, p. 481.

comentar el artículo 1330° de dicho código, indicaba que *“la oferta hecha al público en principio no obliga al promitente, salvo que el oferente sea concesionario de un monopolio sobre una actividad que le obliga a satisfacer las demandas sobre tal servicio, dentro de las condiciones de la concesión”*¹¹⁴.

Por su parte, Cornejo señalaba al comentar el Código Civil de 1936 que la oferta *“debe ser dirigida a la persona con quien se quiere contratar, o a su representante, o a una persona que podrá determinarse en el momento de concluir el contrato (como en las promesas dirigidas al público). Si no se delimita el objeto y la persona, no existe una oferta verdadera y propia, sino a lo más una invitación a contratar”*¹¹⁵.

No obstante estos comentarios doctrinarios, lo cierto es que la exposición de motivos del artículo 1330° del Código Civil de 1936 se ocupó principalmente de reseñar los diversos sistemas sobre la validez de las declaraciones contractuales (los denominados “sistema de la declaración” y “sistema de la información”), sin entrar a mencionar las características de la oferta ni mucho menos su valoración respecto de la Oferta al Público¹¹⁶.

Posteriormente, durante la elaboración del que sería el Código Civil vigente, se consideró en el artículo 65° de la ponencia original que la Oferta al Público valdría *“como propuesta si contuviera los extremos esenciales del contrato (...)”*, señalando incluso que la revocación de la misma es eficaz, siempre que se haga de la misma forma (o una equivalente) a la Oferta al Público antes realizada.

Sin embargo, conforme lo relata De la Puente y Lavallo *“habiéndose observado que en un régimen de obligatoriedad de la oferta, como era el adoptado por la Ponencia original, la oferta al público obligaría al oferente frente a todos los que aceptaran esta oferta, lo cual en muchos casos no sería posible, y tomando en consideración que la*

¹¹⁴ León Barandiarán, José (1992) *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Lima, Walter Gutiérrez (editor), tomo IV, p. 81.

¹¹⁵ Cornejo, A. Gustavo, *Op. Cit.*, p. 87.

¹¹⁶ Ver Guzmán Ferrer, Fernando (1977) *Código Civil*. Lima, Editorial Universo, tomo IV, p. 901.

*oferta es una declaración naturalmente recepticia, o sea que debe ser dirigida a personas determinadas para ser conocida por ellas, lo que no ocurre en la oferta al público, se varió el criterio en la primera Ponencia sustitutoria*¹¹⁷.

Es así que en los artículos 66° y 64° de la primera y la segunda Ponencia sustitutoria respectivamente, así como en el artículo 30° de la tercera, cuarta y quinta Ponencia sustitutoria y del anteproyecto, se señaló que la Oferta al Público valía como invitación a ofrecer.

En el artículo 1403° del primer Proyecto de nuestro Código Civil, que se incorporó a la segunda parte del actual artículo 1388° del Código Civil, se permitió que la Oferta al Público sea considerada como una verdadera oferta si se indicara esta circunstancia claramente.

4.2 Delimitación de la Oferta al Público

Para que la contratación masiva sea una realidad, es necesario que los productores o proveedores ofrezcan sus bienes y servicios al mayor número de personas. Para ello, la Oferta al Público constituye el medio más idóneo que utilizan los proveedores y empresarios para ofrecer sus productos a los consumidores¹¹⁸.

En tal sentido, la Oferta al Público es aquella dirigida a una generalidad de terceros, los cuáles si bien pueden ser determinados cuantitativamente (o de forma abstracta, en función a un perfil) mediante la utilización de técnicas de mercadotecnia o evaluaciones de corte estadístico, no se encuentran individualizados e identificados con antelación. Esta indefinición respecto a los receptores de la Oferta al Público genera que se hable con frecuencia de una “*oferta ad incertam personam*”.

¹¹⁷ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 623-624.

¹¹⁸ Soto Coaguila, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, p. 52.

Siendo así, la verdadera Oferta al Público es aquella que está dirigida en principio al público en general, por lo que no toda proposición dirigida a una pluralidad de personas califica como tal. El difundir por medios de comunicación masivos una oferta, la hace pública, pero no sería una Oferta al Público si es que en la misma se indica las personas a quienes está dirigida la mencionada oferta (consignando sus nombres u otros elementos que permitan identificar a sus destinatarios).

Por ende, si bien una Oferta al Público podría estar orientada a un sector específico del público en general (por ejemplo, el anuncio de un curso dirigido a abogados), no podría considerarse como tal a aquella propuesta que se encuentra circunscrita a un mecanismo para la determinación de los individuos a los que especifica y personalmente está dirigida.

Ahora bien, la Oferta al Público tal como lo indica su propia denominación, es realizada mediante medios de difusión pública. Tales como exposición de productos en mostradores de establecimientos (con indicación del precio); publicaciones a través de periódicos, revistas, anuncios radiales o televisivos; remisión de catálogos y listas de precios; carteles, afiches o *banners* fuera o dentro del establecimiento y en la vía pública; dípticos, trípticos o volantes; máquinas automáticas y autoservicios¹¹⁹; anuncios mediante megáfono e incluso a voz en cuello, entre otros.

Por otra parte, cualquier persona puede realizar una Oferta al Público, basta con tomar un periódico para apreciar que tanto las empresas proveedoras de bienes y servicios a través de sus anuncios publicitarios respecto a un producto o servicio como las personas naturales (por ejemplo en las páginas de anuncios clasificados) realizan este tipo de ofertas.

¹¹⁹ Sobre este punto, se debe advertir que “(...) a menudo, la oferta al público se exterioriza a través de operaciones o comportamientos significativos diferentes de la palabra escrita o verbal; así es como se debe considerar la predisposición de aparatos automáticos de distribución de cosas o servicios”
Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 54.

Se debe tener en claro que si bien un requisito fundamental para poder hablar de una Oferta al Público es que la misma esté dirigida a un grupo indeterminado de personas, se debe tener en cuenta que además, dicha manifestación por parte del oferente debe cumplir con determinados requisitos que le permitan ostentar esta calidad:

- a) Debe ser completa. Esto está relacionado con el requisito de autosuficiencia del que debe gozar toda oferta, pues se entiende que debe contener al menos todos los elementos esenciales del contrato que se pretende celebrar.
- b) Que esté revestida de seriedad. Esto significa que dicha oferta debe expresar la voluntad de contratar de quien la efectúa.
- c) Dentro de la Oferta al Público debe existir algún elemento que permita identificar a quien la realiza¹²⁰.
- d) Su difusión debe ser apta para que los destinatarios puedan tomar conocimiento de la propuesta¹²¹.

Como se aprecia, estas comunicaciones al público deberán ser completas, serias, aptas para llegar al conocimiento de los destinatarios y contener algún elemento que permita identificar quien la realiza. Es importante tener en claro que no todo anuncio de un agente económico contiene una Oferta al Público propiamente dicha, pues hay que diferenciar entre aquellos casos donde el emisor expresa su voluntad de celebrar contratos en ciertas condiciones establecidas en la propia comunicación pública (lo que llamamos Oferta al Público) y los otros donde la comunicación esta orientada solo a promover el consumo de determinado producto o servicio, sin preestablecer los parámetros necesarios para una potencial contratación y que por ende, necesariamente

¹²⁰ No es viable aquella Oferta al Público en la cual aquel que la realiza no se identifica, pues la ausencia de esta indicación en el anuncio realizado impediría en la práctica que dicha declaración (sin perjuicio de ser considerada como una oferta vinculante o una invitación a ofrecer) pueda surtir efectos reales.

¹²¹ Por ejemplo, una “Oferta al Público” realizada mediante un anuncio colocado dentro de una residencia privada, lejos de la vista del público en general, no puede ser considerada como tal, pues esta no ha sido puesta en conocimiento del público mediante medio idóneo. Cabe señalar que debe diferenciarse entre el conocimiento efectivo de determinadas personas respecto de la Oferta al Público realizada y la real posibilidad que puedan tenerlo.

deberán ser complementados (al momento que las partes interesadas tomen contacto) a fin de considerar la real existencia de un acuerdo de voluntades.

4.3 La Oferta al Público como invitación a ofrecer

El artículo 1388° del Código Civil señala que *“La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”*. En tal sentido, nuestra normativa civil se adhiere a la posición que estima a la Oferta al Público como una invitación a ofrecer y no como una oferta vinculante.

Comentando un artículo similar del proyecto de reforma del entonces Código Civil argentino, Alterini y López señalan que *“sobre dichas bases no hay propuesta en las llamadas ofertas al público o invitación a contratar, pues requieren una oferta concreta del interesado y, luego, la aceptación de quien hizo la invitación o la oferta al público en general. Precisamente porque la invitación tiene por finalidad que le propongan a quien la formuló un futuro contrato”*¹²².

Así vemos que De la Puente y Lavalle se pliega a la posición contenida en el Código Civil (en cuya elaboración tuvo una activa participación) señalando lo siguiente: *“una reflexión posterior me ha llevado a pensar que la “oferta al público” no es una variante de la “oferta” – ni una subclase de ésta –, sino una modalidad del ofrecimiento, con individualidad propia”*¹²³. Esta frase evidencia la esencia de la posición adoptada por el Código Civil y considera que la Oferta al Público (por regla general) no es en realidad una oferta, sino simplemente una invitación a ofrecer, donde quienes acudan al ofrecimiento serán los verdaderos oferentes y el invitante (quien realizó la “Oferta al Público”) tomará la posición de destinatario de la oferta.

¹²² Alterini, Atilio Aníbal y López Cabaña, Roberto, *Op. Cit.*, pp. 93–94.

¹²³ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, p. 627.

El mismo autor ha hecho un resumen de su evolución intelectual sobre el presente tema, la cual estimo conveniente reproducir para poder comprender con mayor claridad el sustento de esta posición: *“Anteriormente he pensado que la oferta al público era una verdadera oferta, cuya peculiaridad radicaba en ser dirigida al público en general, o sea a personas indeterminadas, lo cual le privaba de los efectos propios de la oferta para otorgarle el efecto de una invitación a ofrecer. Justifiqué esa opinión en que según el artículo 1382 del Código Civil la oferta obliga al oferente, por lo cual el llamado oferente al público celebraría tantos contratos como personas del público aceptaran su oferta, lo cual exponía a incumplir los contratos que excedieran de sus posibilidades. Para evitar este inconveniente se pensó que la solución aceptable fuera otorgar a la oferta al público el carácter de una invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedieran a la invitación y destinatario al proponente. De esta manera el proponente de la llamada oferta al público podía justificadamente dejar de aceptar las ofertas que excedieran de sus posibilidades, con lo cual no se celebrarían los respectivos contratos”*¹²⁴.

Más adelante, señala: *“Siendo así las cosas, la oferta tiene efectos diferentes de la llamada oferta al público, en el sentido que la primera obliga al oferente, dando lugar a la celebración del contrato si es aceptada, y la segunda sólo expresa el deseo del proponente que se le hagan ofertas para, mediante sus respectivas aceptaciones, celebrar sendos contratos”*¹²⁵.

Esta posición es mantenida también por Arias-Schreiber, el cual aludiendo al ejemplo de los productos colocados en los escaparates de las tiendas señala que *“la mercadería está expuesta en ellos, inclusive con indicación de su precio, pero la oferta no está dirigida a una persona específica, sino a todos los transeúntes, o sea “en bloque”, y constituye, en el fondo, una “invitación a ofrecer”*”¹²⁶.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 626-627.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 627.

¹²⁶ Arias-Schreiber Pezet, Max, *Op. Cit.*, p. 117.

De lo señalado en los párrafos anteriores se pueden extraer algunas ideas directrices para el estudio de esta posición. En primer lugar, el hecho que los defensores de esta tendencia no consideren a la Oferta al Público como una oferta, deriva en que los efectos jurídicos de dicha declaración pública difieran de los atribuidos a la oferta contractual, pues la naturaleza jurídica de ambas sería distinta.

Por otra parte, un elemento a destacar es el énfasis que ponen aquellos que consideran a la Oferta al Público como una invitación a ofrecer, en la posibilidad que en caso se estimara a la Oferta al Público como una oferta, el “oferente” se vea desbordado por la demanda y quede expuesto a incumplir los contratos que excedan sus posibilidades.

Un tercer punto, aludido especialmente por Borda¹²⁷ es el del carácter recepticio de la oferta, el cual no se cumpliría en el caso de la Oferta al Público. Esto, en la medida que tal elemento exige que la oferta “*debe ser recibida por alguien*” y esta persona debe ser determinada, mencionada o identificada¹²⁸.

Siendo así, parte de la doctrina civilista sostiene que al tener la oferta carácter recepticio y al ser la intención del anunciante únicamente declarar que está dispuesto a escuchar o recibir ofertas sin obligarse aún en forma definitiva, corresponde dar a esta Oferta al Público la naturaleza jurídica de invitación a ofrecer.

En este sentido, Torres al hablar sobre la receptividad de la oferta aplicada al caso de la Oferta al Público indica: “*La receptividad de la oferta consiste en que la oferta, para que sea tal, debe ser recibida por su destinatario (...) como su nombre lo indica, la oferta al público no está dirigida a un destinatario determinado ni determinable, sino a un destinatario indeterminado; esto es, está dirigida a cualquiera del público o a la masa en general. Ello, la falta de receptividad, ha hecho que no exista en la legislación comparada una única manera o régimen jurídico para regular a la oferta al público*”

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 41-42.

¹²⁸ Mosset Iturraspe, Jorge. En Bueres, Alberto J. y Elena I. Highton (Dirección y coordinación) (2008) *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., Tomo 3B, p. 561.

¹²⁹, concluyendo que al exigirse el requisito de la receptividad de la oferta y no contando la Oferta al Público con dicho elemento, esta última no tiene el valor de oferta, por lo cual no sería una declaración contractual sino precontractual.

Por su parte, Arias-Schreiber señala al referirse a la Oferta al Público *“tratándose de una declaración en la que el declarante no sabe quién la recibirá y ni siquiera si alguien la recibirá y se ignore, por otra parte, cuál será el volumen (problema de las disponibilidades) aparece claro que la propuesta al público no se identifica con la oferta contractual, cuya única razón de ser es motivar la formación del contrato. No estamos, por lo tanto, de acuerdo con Messineo cuando afirma que la oferta al público es una declaración recepticia, debido a que la aceptación es lo que determina a la persona hasta entonces incierta. Hay que anotar, en efecto, que dicha aceptación constituye el consentimiento, el cual, a su vez, determina la formación del contrato. Si esto es así y si sólo mediante ella se identifica al destinatario, en tanto no se produzca esa aceptación el destinatario tiene el carácter de indeterminado, por lo que tal oferta será en realidad una declaración no recepticia durante toda su vigencia y sólo se convertiría en recepticia desde el momento en que pierde su condición de declaración unilateral”*¹³⁰.

Es así que al considerar dentro de los requisitos de la oferta el que esté dirigida a la persona con quien el oferente desea contratar o su representante, Palacio indica que *“si en la oferta faltara la fijación del objeto de ésta o, por regla general, faltara la individualización de la persona a quien va dirigida, se considera que no hay oferta”*¹³¹.

Por ende, Borda señala que al ser *“requisito de la oferta que ésta se dirija a persona o personas determinadas, la oferta al público no es en principio obligatoria, sino que debe más bien considerarse como una invitación a oír ofertas. Sin embargo, si la oferta*

¹²⁹ Torres Méndez, Miguel (2004) Oferta al Público. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima, Gaceta Jurídica, tomo VII (Contratos en general), p. 300.

¹³⁰ Arias-Schreiber Pezet, Max, *Op. Cit.*, p. 117.

¹³¹ Palacio Pimentel, H. Gustavo (2000) *Manual de Derecho Civil*. Lima, Editorial Huallaga E.I.R.L., Tercera Edición, tomo II, p. 335.

*contiene un procedimiento claro para la determinación de la persona a la cual se dirige, ella es obligatoria para el oferente*¹³². De esta manera, los adherentes a esta postura afirman que, en respeto de la autonomía privada, es posible que quien emita la “Oferta al Público” le pueda dar expresamente la naturaleza de oferta vinculante, caso contrario, como se ha indicado, valdrá como una invitación a ofrecer¹³³.

Finalmente, si bien en un momento Alessandri señala que la oferta puede hacerse a persona determinada o indeterminada, luego siguiendo lo establecido en el Código de Comercio Chileno señala: *“(…) es el principio que consagra el art. 109 de nuestro C. de C. al disponer que las ofertas indeterminadas contenidas en curriculares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos o en cualquiera otra especie de avisos impresos, no son obligatorias para el que las hace. De aquí se infiere que la réclame comercial no envuelve una oferta obligatoria para su autor, ni aunque vaya dirigida a personas determinadas, pues el inciso segundo del mismo artículo agrega que en tal caso esas ofertas llevan siempre envuelta la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio y de que existan en el domicilio del oferente*”¹³⁴.

4.3.1 La invitación a ofrecer como mecanismo para evitar potenciales incumplimientos contractuales

Como ya ha sido señalado, un argumento empleado para justificar la calificación de la Oferta al Público como una invitación a ofrecer, es aquel que hace alusión a la potencialidad que el proponente (en caso de considerar a la Oferta al Público como una verdadera oferta) se vea en la imposibilidad de cumplir con todos los contratos que quedarían perfeccionados con la sola voluntad de las personas del público que accedieran a la referida propuesta.

¹³² Borda, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 41.

¹³³ Bueres, Alberto J. y Elena I. Highton (Dirección y coordinación) (2008) Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., Tomo 3B, p. 563.

¹³⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Op. Cit.*, p. 87.

En este sentido, se señala que ello tiene como propósito evitar que se generen daños y perjuicios a los destinatarios (consumidores y potenciales clientes en general) en caso rebasen la capacidad de contratación del oferente al público. Teniendo en cuenta esto, así como el carácter vinculante que tiene la oferta contractual, resulta más pertinente considerar a la Oferta al Público como una invitación a ofrecer.

Asimismo, Torres Méndez señala lo siguiente: *“si se adopta legislativamente el régimen de la obligatoriedad de la oferta, a la oferta al público no se le puede dar entonces naturaleza o valor de oferta, pues con ello se crea el riesgo de daños y perjuicios a los consumidores. Ello se debe a que de ser la oferta al público una oferta obligatoria, el oferente al público no puede entonces revocarla una vez que haya agotado su capacidad de contratación; por lo cual los consumidores que hubieran aceptado la oferta al público después de este agotamiento resultarían perjudicados. Para evitar este riesgo, la adopción legislativa del régimen de la oferta obligatoria exige que la oferta al público no tenga ese carácter; esto es, que no sea una declaración contractual. De tal manera que el régimen de la oferta obligatoria hace que necesariamente la oferta al público sea sólo una declaración precontractual, la cual es la invitación a ofrecer”*¹³⁵.

Se dice entonces que si se considerara a la Oferta al Público como una oferta contractual, el “oferente” se vería compelido a la celebración de todos los contratos a que dicha oferta eventualmente pueda dar lugar, lo cual enervaría la utilidad de la Oferta al Público, restándole eficiencia y generando una responsabilidad innecesaria y contraproducente a los proponentes.

Siguiendo esta línea Ospina señala lo siguiente: *“preponderando en la doctrina contemporánea la tesis de la obligatoriedad de la oferta, con sus ya descritas consecuencias de la irrevocabilidad de ésta y de la no caducidad por la muerte o la incapacidad del oferente, dentro del término de duración de dicha oferta, se considera que la policitud, salvo el caso de que implique claro compromiso de parte del*

¹³⁵ Torres Méndez, Miguel, *Op. Cit.*, p. 301.

proponente, es una simple invitación general para que cualquier interesado formule una oferta ya concreta”¹³⁶.

4.3.2 Efectos de la concepción civilista de la Oferta al Público como invitación a ofrecer

Arias-Schreiber, reseñando a Carrara, considera que *“la discrepancia doctrinaria respecto a la validez de la oferta al público coincide con la que existe dentro de los sistemas relativos a la fuerza vinculante de la oferta (...) quienes opinan que la oferta tiene fuerza vinculante se niegan a reconocer validez a la oferta al público, en tanto que los que considera que debe haber libertad para revocarla en cualquier momento, la admiten sin reserva. Esta opinión fue considerada en el nuevo Código y se estimó que la oferta al público es un modo peculiar de dirigir una propuesta a personas indeterminadas, esto es, al público en general*”¹³⁷.

Derivado de lo antes expuesto, en lo relativo a las consecuencias jurídicas de la Oferta al Público para quien la realiza y quienes llegan a tomar conocimiento de ésta, se puede apreciar que al concebir esta manifestación como una invitación a ofrecer *“el oferente no queda, en realidad, obligado a algo, pues su actuación está orientada a exteriorizar su disponibilidad a celebrar el contrato descrito en la oferta al público, pero sin comprometerse a hacerlo simplemente queda a la espera de conocer las ofertas que se le hagan para determinar si, de acuerdo a sus posibilidades, está en aptitud de aceptarlas*”¹³⁸.

Siendo así, queda establecido que en este caso, la invitación a ofrecer no vincula a quien la realiza, pues a pesar de que la oferta es obligatoria (artículo 1382° del Código Civil), esta invitación a ofrecer no tendría la calidad de oferta, siendo en realidad aquellas personas que respondan a esta invitación las que tendrían la calidad de oferentes,

¹³⁶ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 156.

¹³⁷ Arias-Schreiber Pezet, Max, *Op. Cit.*, p. 117.

¹³⁸ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, p. 630.

quedando en libertad el “invitante”, para que en su condición de destinatario de la oferta, pueda decidir si decide aceptar o no el contrato de acuerdo a sus posibilidades.

Es por esto que Torres señala lo siguiente: *“puede apreciarse entonces que el efecto jurídico que produce la adopción legislativa del régimen jurídico consistente en darle a la oferta al público valor de invitación a ofrecer, consiste en la inversión de las posiciones jurídicas de las partes contratantes. Así, luego de celebrado el contrato, el oferente al público no será oferente sino aceptante; y los que accedieron a la oferta al público no serán aceptantes sino oferentes”*¹³⁹.

Por consiguiente, la celebración del contrato se produciría una vez que el invitante “aceptó” la oferta de quien acudió a la invitación pública que el aceptante hizo previamente. En consecuencia, en este caso se aprecia la existencia de tres etapas para lograr la celebración del contrato.

La primera es la invitación a ofrecer realizada por el proveedor de bienes o servicios, mediante alguna campaña publicitaria, anuncio o pancarta difundido por cualquier medio de difusión o en su propio establecimiento, la cual no vincularía a dicho invitante, pues solo estaría exteriorizando su interés en recibir ofertas por parte del público.

En segundo lugar, aquella o aquellas personas interesadas en la propuesta pública del invitante acudirán en calidad de “oferentes”, por lo cual serían estos últimos quienes formularían la oferta para celebrar el contrato previamente publicitado por el invitante, el cual ahora pasaría ser “destinatario” de la oferta. Siendo así, Albaladejo señala *“la oferta puede hacerse directamente, y también ser precedida de invitación a ofrecer, o de tratos previos”*¹⁴⁰.

Finalmente, el contrato quedaría celebrado (siempre que no exista ninguna formalidad especial prescrita bajo sanción de nulidad) una vez que el invitante (ahora destinatario de

¹³⁹ Torres Méndez, Miguel, *Op. Cit.*, p. 302.

¹⁴⁰ Albaladejo, Manuel, *Op. Cit.*, p. 205.

la oferta) comunique su aceptación o si la oferta no es rechazada sin dilación, conforme lo indica el artículo 1381° del Código Civil¹⁴¹.

En esta línea, Arias-Schreiber considera que lo prescrito en el Código Civil (que califica como invitación a ofrecer a la llamada Oferta al Público) es “*la fórmula más justa y técnica*”¹⁴², pues permitiría sortear aquellos problemas vinculados con la disponibilidad de existencias o *stock*, manteniendo el carácter recepticio de la oferta que acogería nuestro Código Civil.

De esta manera, se aprecia que es el invitante quien publicita su predisposición para celebrar ciertos contratos y en última instancia es él quien también decide si entabla o no el vínculo contractual, pues en su calidad de destinatario de la oferta, está facultado para aceptarla o no, bastando entonces su negativa inmediata para que se impida la formación del contrato pretendido.

Para sustentar la pertinencia de esta concepción de la Oferta al Público como una invitación a ofrecer en el mercado, se ha señalado que en la práctica de los negocios, “*los comerciantes no se sienten obligados por las ofertas al público que realizan; pues si bien lo normal es que vendan lo que ofrecen, también es verdad que con frecuencia se niegan a hacerlo sosteniendo que el producto está en exhibición solamente, por lo cual no es imposible que el comerciante se niegue a vender a cierta persona; y nadie piensa que tiene derecho a exigir la entrega*”¹⁴³.

Al respecto, Ospina manifiesta que esta posición “*consulta mejor la realidad de las prácticas comerciales. Obviamente, por ejemplo quien distribuye circulares o catálogos de precios, o exhibe mercancías en una vitrina, o inserta en la prensa aviso de su*

¹⁴¹ **CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1381°.- Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.

¹⁴² Arias-Schreiber Pezet, Max, *Op. Cit.*, p. 117.

¹⁴³ Borda, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 42.

*intención de vender un objeto determinado, etc., apenas si pretende comunicar su propósito de entrar en negociaciones concretas con la persona o personas interesadas en el anuncio o aviso, y solo al iniciarse estas negociaciones se presentaría la oportunidad de entrar a decidir si cada una de las parte abriga ya el ánimo de obligarse (animus obligandi), que es el determinante de la eficacia de los actos jurídicos”*¹⁴⁴.

4.4 La Oferta al Público como una oferta vinculante en el ámbito civil

Scognamiglio señala que *en el caso de la oferta a persona incierta (oferta ad incertam personam) existen dos posiciones: la primera que afirma que se trata de una verdadera oferta y la otra que la considera como una invitación a ofrecer*. Al respecto, se adhiere a la posición que considera a dichas ofertas como ofertas contractuales reales, *con la atenuación de no ser considerada como tales en caso que se derive lo contrario de las circunstancias y los usos*. En este sentido, este autor indica que *“la oferta al público deberá ser tenida como una invitación a ofrecer cuando en la celebración del contrato la personalidad del otro contratante tenga especial importancia”*¹⁴⁵.

Asimismo, Planiol y Ripert señalaban que *en la generalidad de los casos, en las ofertas al público el oferente deberá atender las demandas en el orden en que se hubieran hecho, salvo si pudiera poner en duda la solvencia del aceptante (lo que no surte efectos en el caso de compras al contado) o si tuviera contra éste un motivo grave y legítimo*¹⁴⁶.

Por su parte, Messineo indica que a veces *“la oferta puede ir dirigida al público (a la llamada “generalidad de los terceros”), para que sea eventualmente aceptada por cualquier persona a quien convenga, siendo la persona del destinatario (al menos por el momento) indeterminada. Esa oferta tiene el valor de tal si contiene los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión está dirigida”*¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 156 - 157.

¹⁴⁵ Scognamiglio, Renato (1996) *Teoría General del Contrato*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición, pp. 98-99.

¹⁴⁶ Planiol, Marcel y Ripert, Georges (1946) *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana, Cultura S.A., tomo sexto, p. 172.

La Oferta al Público puede ser singular o plural, dependiendo de si la oferta hace referencia a un solo objeto o a varios objetos homogéneos: en el primer caso, la aceptación extingue la oferta; en el segundo, después de toda aceptación, la oferta se mantiene para el resto¹⁴⁸, sin perjuicio de que en este último caso, pueda agotarse el objeto promocionado, en función a la existencia de una multiplicidad de aceptantes previos.

Con relación al sustento económico - fáctico que pueda respaldar esta posición, contrariamente a la opinión expresada por Borda y Ospina reseñada precedentemente, Benavides señala que *“hay una incorrecta valoración de la función y utilidad de la oferta al público; creer que la intención de las empresas es reservarse el sí final es apreciar inadecuadamente la dinámica de los negocios. Los comerciantes normalmente desean llegar de manera rápida al consumidor no para invitarlos a conversar o a tratar sino para proponerles un negocio en firme. Si lo que quisieran fuera solamente conversar sin asumir obligación alguna, lo dirían en sus avisos o evitarían dar detalles sobre las condiciones económicas del contrato para provocar, más bien, las preguntas de los clientes”*¹⁴⁹.

Por otro lado, en contraposición a la relevancia que los defensores de la concepción de la Oferta al Público como invitación a ofrecer otorgan al carácter recepticio de la oferta contractual, aquellos tratadistas que califican de vinculante a la Oferta al Público estiman que toda propuesta al público seria, definitiva y completa de contrato tiene el carácter de oferta a pesar no ir dirigida a una persona determinada.

En esta línea, encontramos a González Gonzalo quien señala que *“es cuestión dudosa si las declaraciones públicas emitidas por los empresarios con el fin de dar a conocer sus productos y servicios y fomentar su contratación (publicidad) pueden constituir*

¹⁴⁷ Messineo, Francesco, *Op. Cit.*, p. 459.

¹⁴⁸ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁴⁹ Benavides Torres, Eduardo (1993) La oferta y la defensa del consumidor. En *Ius et Veritas*, Lima, N° 06, p. 107.

verdaderas ofertas contractuales. La respuesta es, desde luego, afirmativa, siempre que dichas comunicaciones comerciales cumplan los requisitos que, según hemos estudiado debe satisfacer una propuesta para ser calificada como oferta contractual”¹⁵⁰.

Así, el profesor Diez-Picazo señala también que “(...) para que una comunicación dirigida al público o a una generalidad o grupo de personas pueda ser considerada como una oferta de contrato hecha al público, no basta que el declarante manifieste su voluntad o su deseo de contratar, sino que es preciso que la comunicación contenga los elementos del contrato proyectado, y que el contrato quede formado para él sin más requisito que la aceptación. Por ello debe distinguirse la genuina oferta al público frente a la comunicación publicitaria, que contiene simplemente meras informaciones o invitaciones o incitaciones para que por parte del público se formulen ofertas de contrato”¹⁵¹.

En tal sentido, una comunicación dirigida al público que no contenga los elementos esenciales del contrato, no calificará como una verdadera oferta, sino como una invitación a ofrecer dirigida a mostrar el interés y disposición de quien la realiza, a fin que los destinatarios de la misma acudan al establecimiento respectivo o tomen contacto con el proponente, y eventualmente lleguen a celebrar un contrato¹⁵².

El uso de herramientas publicitarias para difundir promociones, productos o servicios en este punto, muchas veces por razones de costos o impacto, contienen mensajes poco exhaustivos o con información enfocada únicamente a realzar determinadas características del producto o servicio en cuestión. En dichos casos, no se constataría una

¹⁵⁰ González Gonzalo, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 693.

¹⁵¹ Diez-Picazo, Luis, *Op. Cit.*, p. 289.

¹⁵² En esta línea encontramos también a Segura, que comentando la legislación chilena señala “En este sentido, y todavía actualmente, hay doctrina que niega el carácter de oferta a las propuestas dirigidas a sujetos indeterminados o al “público en general”, ésta no parece ser la opinión dominante, sino, por el contrario, y en opinión que compartimos, la propuesta dirigida a persona indeterminada puede ser catalogada de oferta -ello obviamente si cumple los demás requisitos que le son propios-”
Segura Riveiro, Francisco (2006) Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación. En *Temas de Contratos. Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado III*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 40.

intención seria e inequívoca del emisor de quedar vinculado por una eventual aceptación y por ende, se tratarían de invitaciones a ofrecer y no de ofertas contractuales.

Como se indicó anteriormente en este trabajo, la oferta debe ser necesariamente exteriorizada, pues está dirigida a una o más personas que con cuya aceptación formarán el contrato propuesto. En este sentido Larroumet señala que *“sin embargo, de ellos no se deduce que la oferta se deba hacer a uno o a varios destinatarios determinados por el oferente. La oferta a un destinatario indeterminado, también llamada oferta al público, constituye una oferta de contrato, desde el momento en que sea susceptible de provocar la celebración de un contrato mediante una aceptación”*¹⁵³.

En esta parte, es pertinente hacer mención a la posición de Lafaille, quien al criticar la posición adoptada por el Código Civil argentino (que no consideraba a la oferta al público como una oferta contractual) señala *“que Savigny admite la posibilidad de una indeterminación en el momento de formularse la propuesta con tal que no la hubiera en el instante de perfeccionarse el contrato por medio de la aceptación”*¹⁵⁴.

Asimismo, respecto a la posibilidad, hecha notar por De la Puente y Lavalle, de que los proveedores se vean desbordados por una cantidad de aceptaciones de los consumidores que sobrepasen sus posibilidades, Benavides señala que *“la posibilidad de quedar vinculado por contratos no deseados es algo contra lo cual la empresa puede protegerse adecuadamente. El problema del stock se salva cuando el anunciante indica que sólo celebrará contratos hasta el límite de su stock o cuando simplemente indica el número de unidades disponibles, con lo cual es fácil entender que aquella aceptación que llegue después de agotado el stock ya no forma contrato. El plazo, la condición, la posibilidad de modificación posterior expresamente indicada en el texto de la oferta, etc. permiten, también, atenuar los riesgos que la oferta puede acarrear al proponente”*¹⁵⁵.

¹⁵³ Larroumet, Christian, *Op. Cit.*, p. 193.

¹⁵⁴ Lafaille, Héctor, *Op. Cit.*, p. 51.

¹⁵⁵ Benavides Torres, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 108.

Con relación a esa misma preocupación, Súmar y Velarde señalan que “(...) *este razonamiento, que parece adecuado, pierde de vista que quien lanza una oferta al público puede perfectamente cubrirse de estos riesgos, entre otros, estableciendo la existencia de un stock limitado de productos ofertados. Con la regulación actual, el legislador protege al empresario antes que al consumidor, al dejar a la discrecionalidad del primero la contratación (ya que de él depende si acepta o no las ofertas recibidas)*”¹⁵⁶.

Respecto a las consecuencias de considerar a la Oferta al Público como una oferta contractual, cabe citar a Josserand quien señala que la oferta “*no se dirige necesariamente a una persona determinada; puede ser hecho a todo el mundo, al público; puede entonces cualquier persona aceptarlo por su propia cuenta y hacer que nazca instantáneamente un contrato*”¹⁵⁷.

En el mismo sentido se pronuncia Larroumet al señalar que “*cuando un comerciante está en permanente oferta al público mediante la exposición de sus productos, el acuerdo de voluntades se presenta cuando un cliente acepta el producto en las condiciones que el comerciante le indique*”¹⁵⁸, siendo que dicho caso la transacción se concluye y se ejecuta en un solo lapso de tiempo, si el producto está disponible inmediatamente.

Es por esto que Diez-Picazo señala que “*la aceptación de la oferta al público puede ser hecha por cualquier persona que se presente declarando querer contratar lo ofrecido, siempre y cuando exista conformidad con la oferta y el aceptante reúna las condiciones establecidas si en la oferta hubieren sido exigidas. Sin ningún otro requisito ni trámite, el contrato quedará perfeccionado*”¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Súmar Albújar, Oscar y Luis Miguel Velarde Saffer, *Op. Cit.*, p. 110.

¹⁵⁷ Josserand, Louis, *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁵⁸ Larroumet, Christian, *Op. Cit.*, p. 185.

¹⁵⁹ Diez-Picazo, Luis, *Op. Cit.*, p. 290.

Ahora bien, es importante dejar en claro que el carácter vinculante que de acuerdo a los autores antes citados, tendría la Oferta al Público, no significa que pueda calificársela como una promesa al público o un acto jurídico unilateral por sí mismo. Al respecto, Díez-Picazo señala que *“la genuina oferta al público no es una promesa. La diferencia entre una y otra figura estriba en que mientras en la oferta el proponente no busca más que formar un contrato con otra declaración de voluntad que se emitirá, en la promesa busca un resultado que ha de recompensar”*¹⁶⁰.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse que, usualmente la Oferta al Público se encuentra vinculada a la búsqueda de suscripción de la mayor cantidad de contratos posible, lo cual implica que suela enmarcarse dentro de los esquemas de contratación masiva ya mencionados (contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación).

Considerando ello, Soto Coaguila¹⁶¹ advierte que en dichos casos, una concepción de la Oferta al Público como una invitación a ofrecer, nos lleva a una situación incongruente, al determinar que ya no se configure el contrato de adhesión como tal. Esta afirmación se sustenta en el hecho que técnicamente, en los contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación, la parte que se adhiere lo hace a las condiciones y estipulaciones fijadas por la otra. No obstante, el proponente, al ser quien a su vez quien realiza la “invitación a ofrecer”, terminaría además siendo el destinatario de las “ofertas” que le hagan, en base a su propia propuesta, adhiriéndose a sus propias condiciones.

4.4.1 La Oferta al Público como una declaración recepticia

Como en el caso de las ofertas contractuales dirigidas a personas determinadas, la Oferta al Público también requiere ser exteriorizada hacia sus destinatarios: en este caso, la colectividad o el grupo a la que se encuentra dirigida.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 289.

¹⁶¹ Soto Coaguila, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, p. 54.

En tal sentido, se puede sostener que la Oferta al Público tiene carácter recepticio, en la medida que es comunicada a sus destinatarios, no estando limitado ello (a diferencia de la corriente doctrinaria que sostiene que dicha comunicación es una “invitación a ofrecer”) a que la declaración se dirija necesariamente a un destinatario cierto.

Dicha afirmación parte de una concepción de la oferta como una declaración de voluntad dirigida a alguien y reconocible como tal por su destinatario¹⁶²; por ende, el hecho que la propuesta haya sido realizada a una cantidad indeterminada de receptores no implica que la misma carezca de los efectos propios de una oferta contractual. Esto, pues inclusive las Ofertas al Público efectuadas por medios masivos (como la publicidad), están dirigidas a un conjunto de personas, quienes razonablemente podrán aprehender el mensaje transmitido y concebir lo propuesto como una oferta contractual, en la medida que contenga los elementos necesarios para entender celebrado el contrato propuesto con su aceptación.

Cabe señalar que, en el caso de la Oferta al Público, por su propia naturaleza no es posible una comunicación personal de la propuesta, dada la indeterminación o incertidumbre del destinatario; por lo tanto, el conocimiento de la oferta se realiza, no ya con una notificación individual, sino con un sistema de publicidad (aviso en los diarios, manifiestos, etc.)¹⁶³.

4.4.2 Alcances de la aceptación de la Oferta al Público

Al calificarse como una oferta contractual, el efecto directo de la Oferta al Público es que al ser aceptada la propuesta contenida en ella, se entenderá celebrado el contrato en cuestión, naciendo de esta forma las obligaciones propias del mismo respecto de las partes involucradas.

¹⁶² González Gonzalo, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 680.

¹⁶³ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 55.

En este sentido, es importante considerar que la Oferta al Público puede estar destinada a celebrar un único contrato, un número tasado o una cantidad indeterminada de ellos, lo cual resulta ser un elemento importante al momento de evaluar los alcances de la aceptación que brinden los destinatarios.

En el caso de que se haya propuesto la suscripción de un solo contrato o una cantidad preestablecida de ellos, se entenderá que el contrato se ha perfeccionado con el primero (o los primeros) que, cumpliendo con los requisitos establecidos en la oferta, comunique su aceptación a quien efectuó la Oferta al Público respectiva.

Por su parte, en aquellos supuestos en los que la Oferta al Público esté referida a la celebración de contratos sin una limitación en su número, habrá que distinguir si es o no objetiva y manifiestamente factible dar satisfacción a todos los aceptantes. Así, de ser posible, se entenderán celebrados tantos contratos como aceptaciones concurren; caso contrario, deberá entenderse que la oferta está condicionada a la razonablemente esperada disponibilidad del oferente, la cual estará sujeta, por ejemplo, hasta agotar las existencias que tiene a su disposición¹⁶⁴.

4.4.3 Las ofertas relativas a contratos de carácter personalísimo

Respecto a aquellos contratos donde la personalidad del otro contratante tiene especial importancia, los clásicos Planiol y Ripert señalan que *“en los contratos que implican intuitu personae, el que hace una oferta dirigida al público en general podrá en todo caso negarse a contratar sin más razón que el hecho de no gustarle la persona que se presentare; por ejemplo en el caso de solicitud de obreros o empleados”*¹⁶⁵. Sin embargo, se indica que esto no será aplicable en el caso donde el oferente goce de un monopolio de derecho o de hecho y se trate de un servicio de primera necesidad.

¹⁶⁴ Ver González Gonzalo, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 681.

¹⁶⁵ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Op. Cit.*, p. 171.

En la línea de lo señalado, Ferri indica que “*se considera una simple invitación a ofrecer la declaración dirigida a persona indeterminada para promover la celebración de un contrato intuitu personae, en el cual sean relevantes las cualidades personales del contratante (mandato, sociedad de personas, empleo dirigenal); en tal hipótesis, no basta para la celebración del contrato la aceptación del destinatario de la oferta, sino que es necesaria, además, la verificación de las cualidades personales del mismo, por parte del oferente*”¹⁶⁶.

Asimismo, la oferta puede hacerse con reservas o restricciones expresas o tácitas, considerando que en los contratos *intuitu personae*, estas reservas se sobrentienden siempre, de manera que quien ofrece sus servicios al público o solicita públicamente los ajenos, no acepta ligarse con el primero que se presenta¹⁶⁷. En tal sentido, el proponente conserva plena libertad para elegir la persona del otro contratante.

Por ende, se observa que incluso dentro de la corriente doctrinaria que sostiene la calidad de oferta contractual de aquella realizada al público, se preserva la calificación de “invitación a ofrecer” para aquellos casos en los cuales nos encontremos ante una persona natural o jurídica que difunda su intención de suscribir un contrato *intuitu personae* con uno o más potenciales interesados.

¹⁶⁶ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 53.

¹⁶⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, *Op. Cit.*, p. 90.

CAPÍTULO 5: OFERTA AL PÚBLICO DENTRO DEL DERECHO AL CONSUMIDOR

Por otra parte, las normas de protección al consumidor también contienen disposiciones aplicables a las Ofertas al Público que realicen los proveedores en el mercado, teniendo como objeto brindar una protección especial a los consumidores, por ser estos últimos la parte débil dentro de una relación de consumo (a causa de la llamada “asimetría informativa”) e imponer a los proveedores el cumplimiento de estándares mínimos en su interacción con los clientes.

El Derecho del Consumidor, el cual ha tenido un importante desarrollo en los últimos años, se encuentra dentro del denominado Derecho Ordenador del Mercado¹⁶⁸. En tal sentido, el tema de la Oferta al Público constituye un asunto que no solo concierne al derecho civil tradicional, sino también al Derecho del Consumidor y del Mercado (pues debe recordarse que este tipo de ofertas son empleadas generalmente por los proveedores de bienes y servicios que realizan actividad comercial). Por ende, tiene una gran relevancia dentro del normal desarrollo de las relaciones de consumo, el determinar con claridad cuándo nos encontramos ante una real oferta y el momento de celebración de los contratos de consumo.

5.1 La protección jurídica reforzada a los consumidores en el mercado

El desarrollo del derecho del consumidor a partir del siglo XX en el mundo, denota un nuevo enfoque del derecho respecto a las relaciones económicas entabladas en el mercado por parte de aquellas personas que adquieren o contratan bienes y servicios, generalmente para su uso personal, constituyendo muchas veces el último eslabón de la cadena de producción.

¹⁶⁸ Considerando dentro de esta categoría, también aquellas ramas de derecho vinculadas a la defensa de la libre competencia, de la propiedad intelectual y la represión a la competencia desleal.

Esto por supuesto, no significa que las relaciones de consumo no existieran antes del siglo XX en el mundo ni que su desenvolvimiento no haya estado sujeto ninguna regla jurídica aplicable. Sin embargo, es recién en el siglo pasado, que social y jurídicamente se reconoce la existencia de una categoría jurídica especial: “el consumidor” y la insuficiencia de los regímenes legales ordinarios (principalmente de orden civil) para abordar de manera justa y apropiada sus diversas aristas¹⁶⁹.

Asimismo, encontramos el influyente discurso proferido por el presidente J.F. Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos de América el 15 de marzo de 1962, en el cual señaló que *“Consumidores, por definición, nos incluye a todos. Ellos son el mayor grupo en la economía, afectando y siendo afectados por casi toda decisión económica pública o privada (...) Pero ellos son el único grupo importante en la economía que no está efectivamente organizado y cuyos enfoques usualmente no son oídos”*¹⁷⁰, reconociendo así la necesidad de que el Estado enfile sus acciones hacia la tutela de los consumidores, para luego esbozar cuatro derechos básicos con relación a esta materia: el derecho a la seguridad (*right to safety*), derecho a ser informado (*right to be informed*), derecho de elegir (*right to choose*) y derecho a ser oído (*right to be heard*).

En esta misma línea, recientemente se está hablando de un perfilamiento de la concepción de la ciudadanía, ya no solo como el tradicional ejercicio de la libertad y demás derechos conexos de carácter civil y político, sino también en el campo económico. Siendo así, se puede afirmar que *“el ejercicio de la ciudadanía económica, desde los actos de consumo, se produce con plenitud, en el marco de una economía social de mercado, cuando el escenario institucional garantiza: (i) la libertad, cuyo*

¹⁶⁹ Como nos señala Durand Carrión *“En la determinación del Derecho del Consumo como disciplina jurídica, podemos señalar tres momentos, un primer momento en que el consumo se regulaba por reglas de justicia contractual (buena fe, vicios ocultos, cláusulas abusivas, adhesión); luego en un segundo momento, surgió la responsabilidad objetiva, sobre la base del riesgo creado; y finalmente en el tercer momento, llegamos a la era de la construcción categorial, es decir el momento actual en que el Derecho del Consumidor surge como una disciplina que reclama su autonomía y va creando su propio árbol de categorías conceptuales, sus instituciones, perfiles, procedimientos, etc.”*. Durand Carrión, Julio Baltazar (2007) *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, pp. 46 – 47.

¹⁷⁰ Traducción libre del inicio del discurso antes indicado, cuya transcripción en inglés es la siguiente: *“Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard”*
 Texto obtenido de la siguiente dirección web: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>

vehículo es la elección, que permite a cada individuo determinar el camino hacia su bienestar; y (ii) la igualdad, cuya expresión es un mismo conjunto de derechos y deberes para cada individuo en las mismas condiciones”¹⁷¹.

Considerando lo antes expuesto, resulta manifiesta la relevancia que ha adquirido en estas últimas décadas la protección al consumidor, teniendo en cuenta la importante participación de los consumidores y usuarios en la economía, así como la necesidad de potenciar la libertad y equidad en su actuación, a fin de consolidar el ejercicio de su ciudadanía desde el plano económico.

La respuesta uniforme de los ordenamientos jurídicos en los cuales la asignación de recursos y decisiones de producción se producen de manera descentralizada a través del mercado (en función a las sinergias generadas por la oferta y la demanda) ha sido el establecimiento de reglas e instituciones jurídicas que brinden una tutela especial y reforzada a los consumidores¹⁷², lo cual ha sido explicado y sustentado en dos elementos: la asimetría informativa y la vulnerabilidad de los consumidores.

5.1.1 La asimetría informativa en las relaciones de consumo

En un modelo de competencia perfecta¹⁷³, los agentes económicos cuentan con la información y opciones necesarias para poder conducirse de acuerdo a sus necesidades e intereses, logrando con su actuar conjunto, resultados de eficiencia económica y social. No obstante, en el desarrollo ordinario de las relaciones en el mercado, se observa que su

¹⁷¹ Stucchi López-Raygada, Pierino (2011) La ciudadanía económica en el Perú: El consumidor. En Súmar, Óscar (Editor) *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico, p. 57.

¹⁷² Lo antes señalado resulta consecuente dentro de una economía de mercado, puesto que en caso estuviésemos frente a una economía centralmente planificada, la libertad de los agentes económicos se encontraría sensiblemente disminuida por la acción imperativa del Estado. En tal sentido, en este último supuesto, al ser el Estado quien determinaría cuánto producir, así como la calidad de los productos e incluso los valores de intercambio, el bienestar de los consumidores dependería enteramente del contenido de las decisiones de los entes gubernamentales competentes y no del refuerzo de los mecanismos de información, libertad y equidad entre las partes, al no surgir su vinculación en un ámbito de autodeterminación plena.

¹⁷³ Entiéndase por ello, a aquel modelo hipotético, en el cual encontramos: (i) bienes o servicios ofrecidos en condiciones iguales, (ii) múltiples compradores y vendedores, (iii) información completa y de fácil acceso, e (iv) inexistencia de barreras de ingreso y salida del mercado. En dicho supuesto, se observa que los participantes son precio-aceptantes y no existen costos de transacción relevantes en la interacción de los agentes económicos.

funcionamiento tiene fallos¹⁷⁴, los cuales usualmente no pueden ser superados espontáneamente por la sola interacción de la oferta y la demanda, por lo que requieren la intervención del Poder Público para su reconducción.

Así, podemos hallar que en muchas situaciones en la vida, nos encontramos frente a la existencia de información asimétrica: una de las personas que participan en una transacción sabe más que la otra¹⁷⁵.

En efecto, un presupuesto elemental para poder hablar de un ejercicio efectivo de la libertad de elección de los consumidores es justamente que cuenten con la información suficiente para tomar una decisión racional y acorde a las necesidades y deseos que buscan satisfacer. Sin embargo, conforme lo señala Bourgoignie, la gran diversidad, la creciente tecnología, al mismo tiempo que la naturaleza (a menudo compleja) de los bienes ofrecidos al consumo, dificultan un juicio claro sobre las cualidades y precios de los bienes propuestos¹⁷⁶.

En tal sentido, como producto de la masificación de las relaciones comerciales en el mercado, la especialización creciente respecto a los diversos productos y servicios ofrecidos y la profesionalización de los proveedores, se ha generado una situación en la cual naturalmente los productores tienen mejor y mayor información que los consumidores¹⁷⁷. Dicho escenario se ve reforzado por lo complejo que puede resultar para los consumidores la búsqueda de información, su procesamiento y comprensión, respecto de cada producto o servicio que adquieran o contraten en su vida cotidiana.

¹⁷⁴ Además de la asimetría informativa, encontramos por ejemplo, el poder de mercado, las externalidades y los bienes públicos.

¹⁷⁵ Para una explicación general de la asimetría informativa y algunos vinculados (como la selección adversa y el riesgo moral), se puede revisar: Mankiw, Nicholas Gregory (2002) *Principios de Economía*. Madrid, Mc Graw-Hill, Segunda Edición, pp. 369 – 370.

¹⁷⁶ Bourgoignie, Thierry (1994) *Elementos para una teoría del derecho de consumo*. Victoria, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco, p.52.

¹⁷⁷ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Título Preliminar. Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

(...)

7. Asimetría informativa.- Característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores.

(...)

El mercado puede generar cierta información, en la medida que determinados proveedores busquen reforzar la confianza de los consumidores, y de esta forma incentivar su preferencia. No obstante, existen ciertas circunstancias en las que el mercado no logra producir la cantidad necesaria de información (por ejemplo, cuando el costo que tiene que asumir el consumidor para obtenerla es demasiado elevado, dicho consumidor ignore cuánto vale para él tal información o el proveedor realice acciones que obstruyan el acceso a dicha información relevante).

Es frente a estas circunstancias *“que toma relevancia la necesidad de regulaciones de protección al consumidor. Estas normas deben estar dirigidas a favorecer una información adecuada de los consumidores en el mercado, tratando de eliminar o reducir el impacto de la asimetría existente respecto a los proveedores de bienes y servicios”*¹⁷⁸.

Para ilustrar este punto, resulta de gran utilidad recoger lo señalado por la entonces Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, en la Resolución N° 101-96-TDC¹⁷⁹:

“(…) La protección al consumidor se basa, a criterio de la Sala, en la asimetría de información existente entre los proveedores y consumidores. (...) Quien conduce un proceso productivo y/o de comercialización de bienes y servicios cuenta con la posibilidad de adquirir y utilizar de mejor manera información relevante y con ello, eventualmente, obtener una ventaja que podría ser utilizada en contravención a la Ley (...)
(...)

Así, en suma, podría partirse del supuesto que los consumidores a los que la Ley pretende proteger, individualmente considerados, se encuentran en una posición desventajosa en relación a los proveedores de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta desventaja principalmente se traduce en un problema de costos en el acceso y

¹⁷⁸ Bullard Gonzáles, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 520.

¹⁷⁹ Cabe señalar que si bien dicha resolución aprobó un precedente de observancia obligatoria que luego fue dejado sin efecto por la Resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI, ello no enerva que puedan tomarse en cuenta los postulados dogmáticos y económicos desarrollados en sus considerandos.

procesamiento de determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios.

(...)

La solución de los problemas de asimetría informativa implica identificar, dentro de las dos categorías de sujetos intervinientes en las relaciones comerciales, a la parte que se encuentra en mejor posición para conocer la información relevante o para tomar las precauciones que fuesen necesarias para reducir los riesgos involucrados en una relación comercial. Esto comprende los casos de ocultamiento o distorsión de información conocida o conocible por el proveedor que no es suministrada adecuadamente al consumidor; los casos de productos o servicios defectuosos en los que el consumidor no se encuentra en posibilidad de conocer y menos evitar que se presenten los defectos; o, los casos de incumplimiento o inejecución de obligaciones asumidas por no haber previsto mecanismos adecuados, en base a la información disponible para el proveedor, para evitar dicho incumplimiento o inejecución”.

En tal sentido, la determinación de un sistema jurídico tuitivo respecto de los consumidores en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en el mercado, se sustenta en la constatación de que los primeros se encuentran en una situación dispar respecto de los segundos, en función a la asimetría informativa antes indicada.

Cabe señalar finalmente, que en ninguno de los postulados expuestos, se indica que la finalidad del sistema sea la supresión de dicha asimetría, pues la misma es consustancial al desarrollo de las economías masivas de consumo. Siendo así, la tutela al consumidor buscará darle herramientas para equilibrar dicha situación fáctica y corregir las distorsiones que puedan generarse por dicha disparidad informativa.

5.1.2 La vulnerabilidad del consumidor

Un segundo elemento a ser considerado dentro del sustento jurídico – económico que motiva la existencia y vigencia de una tutela especial al consumidor, es el reconocimiento de su situación de vulnerabilidad en el establecimiento y desarrollo de sus relaciones en el mercado.

Si bien esta premisa se nutre también de la noción convencional vinculada a la asimetría informativa antes desarrollada, busca además una concepción más amplia de la problemática relativa a las relaciones de consumo, teniendo en cuenta que muchas veces, la misma va más allá de la disparidad en la información que poseen y pueden procesar las partes involucradas.

Considerando lo desarrollado con relación a la contratación en masa y los nuevos paradigmas contractuales, es posible señalar que en los últimos años *“hubo un cambio sustancial en la estructura del mercado, una globalización también de las relaciones privadas de consumo, y revela las fallas del mercado y los límites del concepto de “soberanía” del consumidor en el mercado actual*¹⁸⁰. *Su posición es cada vez más débil o vulnerable y el desequilibrio en las relaciones de consumo es intrínseco, lo cual hace necesaria una efectiva tutela y una intervención positiva (...)*¹⁸¹.

Al respecto, es pertinente citar a Lorenzetti, quien señala que *“la noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección. Vulnerable es el sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y por ello necesita protección del derecho. Es una situación de riesgo especial en la vida privada. La vulnerabilidad es una desigualdad específica, se refiere al impacto que tiene ésta en las relaciones jurídicas. En este sentido la vulnerabilidad impacta en la teoría de la conducta y sobre todo en la referida a la elección racional”*¹⁸².

Ahora bien, en líneas generales, es posible condensar este escenario de vulnerabilidad en tres categorías: la vulnerabilidad técnica, la vulnerabilidad jurídica y la vulnerabilidad

¹⁸⁰ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Título Preliminar, Artículo V.- Principios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

1. Principio de Soberanía del Consumidor.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.
(...)

¹⁸¹ Lima Marques, Claudia (2001) *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, p. 3. Extraído de: https://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf

¹⁸² Lorenzetti, Ricardo Luis (2009) *Consumidores*. Santa. Fe. Rubinzal Culzoni Editora, Segunda Edición, p. 35.

fáctica¹⁸³; siendo incluso la concepción de dicha situación de vulnerabilidad, una herramienta para determinar el ámbito de protección de las normas de defensa del consumidor¹⁸⁴.

- 1) Vulnerabilidad fáctica: El consumidor no tiene un conocimiento específico sobre el producto que desea adquirir o con relación servicio solicitado, lo cual deriva justamente de su déficit informacional, inherente a su condición dentro de las relaciones comerciales usualmente celebradas.

Si bien actualmente el conseguir datos resulta menos complicado que décadas atrás (básicamente con la consolidación del internet como fuente de información), el carácter sesgado de la data disponible, o su excesiva cantidad, puede terminar desviando la atención del consumidor hacia aspectos no relevantes, en detrimento de aquel conocimiento que sí resulta necesario para una real comprensión del objeto de la transacción en cuestión.

- 2) Vulnerabilidad jurídica: Ello parte de la carencia de conocimiento jurídico específico por parte de los consumidores con relación al alcance de las obligaciones asumidas, los derechos que convencional y legalmente poseen, así como de los mecanismos jurídicos para exigirlos o ejercerlos en caso de controversia.

Asimismo, *“en el caso de los contratos, el problema es el desequilibrio evidente de fuerzas de los contratantes. Una de las partes es vulnerable, es el polo más flaco de la relación contractual, pues no puede discutir el contenido del contrato; mismo que sepa que determinada cláusula es abusiva, solo tiene una opción “tomar o largar” (take or leave it), esto es, aceptar el contrato en las*

¹⁸³ Cabe señalar que en el derecho brasileño y la doctrina comparada también se ha hablado de una vulnerabilidad económica y psíquica, así como la informacional. No obstante, consideramos que las dos primeras son subclasificaciones de la vulnerabilidad fáctica o socio-económica, mientras que la informacional puede ser comprendida dentro de la concepción de la vulnerabilidad técnica, como se podrá apreciar más adelante.

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, se hace mención al caso de Brasil en: Ceballos Rosales, María Victoria y Fabricio Marvilla Fraga de Mesquita. (2012) Prismas del tratamiento del derecho del consumidor en la normativa brasileña y la legislación peruana. En *Revista Jurídica del Perú*, Gaceta Jurídica, tomo 141, pp. 252 – 253.

condiciones que le ofrece el proveedor o no aceptar y buscar otro proveedor. Su situación es estructuralmente y de hecho diferente a la del profesional que ofrece el contrato”¹⁸⁵.

- 3) Vulnerabilidad fáctica o socio-económica: En este caso, el enfoque está orientado hacia la situación de las partes contratantes, su poder negociador dispar, así como los recursos que poseen para prever las contingencias y asumir una controversia derivada de una relación de consumo ya entablada.

Lo anterior se refuerza en base a la envergadura económica y logística del proveedor o su especialización, lo cual permite que usualmente estos agentes económicos cuenten con áreas o recursos predeterminados para vislumbrar posibles contingencias y afrontar situaciones de conflicto.

Dicha vulnerabilidad se ve intensificada en el caso de concurrir algún grupo de consumidores especialmente vulnerables (como pueden ser: los menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidad o en situación de extrema pobreza)¹⁸⁶ o estar ante bienes y servicios esenciales para la vida ordinaria.

Finalmente, es de destacar que el numeral 4 del artículo VI del Título Preliminar del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor recoge ello, al reconocer dentro de sus políticas públicas *“la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con*

¹⁸⁵ Lima Marques, Claudia (2006) *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil. Parte II –Art. 1 y Art. 5.*, p. 14. Extraído de: https://www.oas.org/dil/esp/art1cidipcorregida4-env_lima_marques.pdf

¹⁸⁶ En el caso del Perú, recientemente mediante Decreto Supremo N° 006-2017-PCM se aprobó la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor, a través de la cual se efectuó una aproximación del perfil de aquellos consumidores más vulnerables, proponiendo dentro de los principios rectores de dicha política nacional, la inclusión y el enfoque intercultural. Para consultar el documento en cuestión, se puede acceder a través del siguiente enlace: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Enero/27/DS-006-2017-PCM.pdf>

Asimismo, a nivel europeo, se puede revisar la “Compilación de notas informativas sobre la vulnerabilidad de los consumidores”, elaborado en febrero de 2012 por la Dirección General de Políticas Interiores del Parlamento Europeo (Departamento temático A: Política Económica y Científica), el cual contiene estudios respecto a los consumidores vulnerables en el derecho danés, inglés, estonio, alemán y español. Para acceder a dicho documento se puede visitar el siguiente enlace: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475082/IPOL-IMCO_ET\(2012\)475082_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/475082/IPOL-IMCO_ET(2012)475082_ES.pdf)

especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza”.

5.2 Evolución legislativa del derecho al consumidor en el Perú y la regulación de la Oferta al Público

En el siglo XX, además de la codificación civil (que ya hemos analizado) encontramos al Código de Comercio de 1902. Dicho cuerpo normativo, estuvo enfocado a la regulación jurídica de los actos de comercio, incluyendo en la sección cuarta de su Libro Primero, diversas disposiciones generales sobre los contratos de comercio.

Si bien en los artículos 54° y 55° del Código de Comercio¹⁸⁷ se hace mención a la “propuesta” (que por su contexto, puede entender como “oferta”), no contienen una regulación general respecto a la misma, ni mucho menos abordan en tema de la Oferta al Público. Asimismo, considerando el enfoque de dicha norma, es fácil advertir que tampoco estableció alguna regulación especial que tutelase a los consumidores en sus relaciones en el mercado.

Posteriormente, es mediante la Constitución Política del Perú de 1979¹⁸⁸ que se establece a nivel constitucional la defensa del “interés de los consumidores”¹⁸⁹, lo cual constituyó un importante hito, al elevar a rango constitucional el derecho de los consumidores a ser tutelados.

¹⁸⁷ Dichos artículos abordaron los Contratos entre Ausentes y los Contratos con intervención de agente o corredor.

¹⁸⁸ Cabe señalar que en el artículo 182° de la Constitución Política del Perú de 1933, solo se hace mención a “la población consumidora”, para indicar que un representante de la misma formaría parte del Consejo de Economía Nacional, sin que ello implique el reconocimiento de algún derecho o protección especial.

¹⁸⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979**

Artículo 110°.- El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

En base a ello, se emitió el Decreto Supremo N° 036-83-JUS, por el cual se establecieron medidas extraordinarias en materia económica en defensa de los consumidores (luego fue elevado a rango de ley en mérito de lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 23863). Al respecto, Ordinola señala *“la referida norma contenía una serie de imprecisiones que generaron su nula aplicación por los operadores jurídicos de la época. Asimismo, poseía un tono claramente intervencionista a nivel económico, tal como puede constatarse al verificar la existencia de una prohibición absoluta del monopolio o la posibilidad de que el Estado ejerza un control de precios de los bienes ofertados en el mercado (...)”*¹⁹⁰.

Más adelante, en el año 1991, en mérito a la Ley N° 25327, se promulgó el Decreto Legislativo N° 716 (Ley de Protección al Consumidor). Si bien dicha norma sufrió una serie de modificaciones en sus casi 19 años de vigencia¹⁹¹, definitivamente sirvió para crear y solidificar con el paso del tiempo, un verdadero sistema de protección al consumidor, sustentado en el establecimiento de derechos a favor de los consumidores y deberes correlativos respecto a los proveedores, cuyo incumplimiento podía ser objeto de sanción administrativa.

Todos estos cambios que paulatinamente fueron dando forma a nuestra anterior Ley de Protección al Consumidor (mediante la tipificación de los deberes de los proveedores o el otorgamiento de nuevas herramientas a los consumidores, como las medidas correctivas), se sustentaron además en el impulso que brindó la consolidación de la tutela del consumidor como derecho fundamental, dentro de la Constitución Política del Perú, en cuyo artículo 65° se estableció expresamente que era deber del Estado el defender el interés de los consumidores y usuarios¹⁹².

¹⁹⁰ Ordinola Guerra, César (2011) La historia del indecopi en la protección al consumidor peruano: los primeros dieciocho años. En Súmar, Óscar (Editor) *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico, pp. 95 - 96

¹⁹¹ Dicha modificaciones fueron introducidas mediante la Ley N° 26506, Ley N° 27251, Decreto Legislativo N° 807, Ley N° 27049, Ley N° 27251, Ley N° 27311, Ley N° 27598, Ley N° 27768, Ley N° 27917, Ley N° 28300 y el Decreto Legislativo N° 1045.

Cabe señalar que en mérito a ello, esta norma ha tenido dos Textos Únicos Ordenados, aprobados por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI y Decreto Supremo N° 006-2009-PCM.

¹⁹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

Ahora bien, en el artículo 20° de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor, se estableció la obligatoriedad de la oferta para los proveedores, al indicar que *“La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”*.

Asimismo, el artículo 22° de dicha norma (modificado por el Decreto Legislativo 807) señaló que *“la publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a, proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas”*.

En tal sentido, de la revisión de ambos artículos, se desprende que lo ofrecido al público resulta exigible por parte de los consumidores, siendo que el proveedor inclusive se verá en la obligación de satisfacer a los consumidores que busquen acogerse a una oferta comercial o promoción, en caso omitiera indicar la vigencia o el número de unidades disponibles. En tal sentido, se podía afirmar que conforme a tales normas, la Oferta al Público resultaba vinculante para los proveedores.

Finalmente, en el año 2010 se publicó y entró en vigencia la Ley N° 29571, que aprobó el actualmente vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual ha buscado consolidar un sistema integral y transversal de protección al consumidor, incorporando principios y políticas públicas, para luego realizar un mejor desarrollo de los derechos de los consumidores, tanto en forma general como dentro de determinados sectores relevantes.

Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

En dicho marco, vemos que los artículos 46° y 14° del Código de Protección y Defensa del Consumidor contienen disposiciones similares a las establecidas en los artículo 20° y 22° de la Ley de Protección al Consumidor anterior¹⁹³, las cuales ratifican el carácter exigible que tiene la Oferta al Público efectuada en el marco de las relaciones de consumo, indicando la vinculatoriedad que la oferta, la promoción o la publicidad generan al proveedor.

Cabe señalar que de la revisión de los artículos 13 y 85 del Proyecto de Ley 3954/2009-PE, así como del artículo 46° del Proyecto de Ley 3580/2009-PE¹⁹⁴ (los cuales dieron posteriormente lugar al Código de Protección y Defensa del Consumidor), se desprende que desde dicha etapa, el legislador tenía en claro dar fuerza obligatoria a la “*oferta, promoción y publicidad*” efectuada por los proveedores en el mercado.

5.3 Reconocimiento constitucional de la protección al consumidor

Mediante el Código de Protección y Defensa del Consumidor y demás normas complementarias, se implementa lo señalado en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú, constituyendo el marco legal de la protección al consumidor, el cual

¹⁹³ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 14.- Publicidad de promociones

14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción
(...)

Artículo 46°.- Integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.

El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

¹⁹⁴ Cabe señalar que el Proyecto de Ley 3954/2009-PE corresponde al proyecto remitido por el Poder Ejecutivo (Código de Protección y Defensa del Consumidor), y el Proyecto de Ley 3580/2009-PE corresponde al proyecto presentado por un grupo de congresistas a iniciativa del señor congresista Yonhy Lescano Ancieta (Código de Defensa del Consumidor y de Protección de la Economía Popular).

El expediente digital de ambos proyectos de ley consta en la página web del congreso: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>

facilita el control *ex ante* de oficio del Estado, así como la acción defensiva de los consumidores (sea individual o colectivamente, mediante asociaciones).

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, reconociendo la tutela que la Constitución brinda a los consumidores y usuarios, conforme se puede apreciar en la sentencia emitida en el marco del Expediente 0008-2003-AI, en la cual indicó lo siguiente¹⁹⁵:

“30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.”

En esta línea, Sáenz Dávalos señala que *“cuando la Constitución establece la defensa en el interés de los consumidores, está ubicándose en una perspectiva de tipo bilateral, es decir, está reconociendo que se trata no sólo de un principio sino de un auténtico derecho fundamental”*¹⁹⁶.

Asimismo, además de esta doble arista del derecho del consumidor (como deber de tutela por parte del Estado y como derecho subjetivo a favor de los consumidores), es

¹⁹⁵ El texto completo de dicha sentencia, se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

¹⁹⁶ Sáenz Dávalos, Luis (2006) La Defensa del Consumidor en el Derecho Constitucional. En Normas Legales (editor) *Protección al Consumidor*. Trujillo, p. 48.

importante recordar que el artículo 65° de la Constitución reconoce de forma expresa dos derechos transversales de los consumidores: (i) el derecho a la información¹⁹⁷, y (ii) la salud y seguridad.

Mediante dicha norma constitucional, “*el Estado protege y garantiza los derechos de los consumidores, y lo hace no solo porque reconoce su condición de debilidad y vulnerabilidad en las operaciones de mercado, sino principalmente porque identifica en el consumidor a la persona en el mercado. Y porque con ello reafirma que la persona es el centro de protección de todo el Derecho*”¹⁹⁸.

En tal sentido, Rubio Correa señala que “*el Decreto Legislativo N° 716 (anterior Ley de Protección al Consumidor) integraría tal bloque de constitucionalidad para efectos de determinar los derechos fundamentales análogos del consumidor*”¹⁹⁹ (lo colocado entre paréntesis es agregado). Esto significa que el contenido del derecho de los consumidores no se agota en la literalidad del artículo 65° de la Constitución, sino que se vería integrado además por normas de carácter infraconstitucional, como actualmente sería el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Finalmente, cabe mencionar que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado incluso diversos principios que sustentan la defensa de los consumidores, tales como: el principio pro consumidor, proscripción de abuso del derecho, isonomía real, *restitutio in integrum*, transparencia, veracidad, *in dubio pro consumidor* y pro asociativo²⁰⁰.

¹⁹⁷ Así, por ejemplo, Kresalja y Ochoa señalan que “(...) en nuestro tiempo existe una gran cantidad de información en el mercado, pero ella no necesariamente ha fortalecido a los agentes económicos y a los consumidores o usuarios, pues no siempre es adecuada y transparente. A los primeros, por ejemplo, cuando la información financiera y tecnológica que requieren no es adecuada; a los segundos, en materia de precios o de peligrosidad”, para luego indicar que “la información se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante tres mecanismos: la publicidad, las leyendas informativas sobre las mercaderías y los contratos”.
Kresalja, Baldo y César Ochoa (2009) *Derecho Constitucional Económico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 319 y 322.

¹⁹⁸ Gutierrez Camacho, Walter (2013) La tutela constitucional del consumidor. En Gutierrez Camacho, Walter (Editor) *La Constitución Comentada*. Lima, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, tomo II, pp. 157 – 158.

¹⁹⁹ Rubio Correa, Marcial (2005) *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 264.

²⁰⁰ Para tales efectos, se puede revisar la sentencia emitida en el marco del Expediente 3315-2004-AA/TC, la cual se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>

5.4 La relación de consumo y el ámbito de aplicación de las normas de protección al consumidor

Considerando lo antes señalado, es necesario delimitar de forma clara cuál es el alcance de estas normas tuitivas en materia de consumo, pues ello nos permitirá tener un mejor panorama con relación a la regulación de la Oferta al Público contenida al Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En primer lugar, tal como lo señala Vega Mere²⁰¹ *“la oferta debe ser hecha por un proveedor y complementariamente, debe estar dirigida a los consumidores o destinatarios finales de un bien o servicio y el adquiriente debe ser consumidor”*. Esto encuentra correlación en lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En tal sentido, un elemento fundamental para entender el ámbito en el cual se despliegan los efectos de las normas de protección al consumidor, es la relación de consumo. Al respecto, Espinoza señala que *“las relaciones de consumo son un tipo de relaciones jurídicas que presuponen dos situaciones jurídicas específicas, la de consumidor y la de proveedor. Dada la situación de asimetría (o insuficiencia) informativa del consumidor, la disciplina que trata esta materia, el Derecho del consumidor, tiene como principio básico protegerlo, existiendo un favor respecto al mismo”*²⁰².

Al respecto, es importante preguntarnos quiénes forman parte de dicha relación jurídica, considerando la existencia de un sujeto activo titular de un derecho o prerrogativa legal o consensualmente conferido y un sujeto pasivo, a cuyo cargo está el deber de satisfacer ello. Por otra parte, tenemos el objeto de dicha relación, el cual puede ser una prestación justamente a cargo del sujeto pasivo y que resulta de interés del sujeto activo.

²⁰¹ Vega Mere, Yuri (2001) *Contratos de Consumo*. Lima, Editora Jurídica Grijley, p. 150

²⁰² Espinoza Espinoza, Juan (2006) *Derecho de los consumidores*. Lima, Editorial Rodhas S.A.C., p. 39.

En base a ello, podemos apreciar que las relaciones de consumo están compuestas por tres elementos: el consumidor, el proveedor y el objeto de dicha relación. Asimismo, cabe indicar que la consabida relación prescinde de su fuente, por cuanto ella está aprehendiendo el contenido, independientemente del hecho generador que le ha dado nacimiento²⁰³.

- a) El consumidor: Una primera aproximación, nos indica que “*el consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado*”²⁰⁴.

En efecto, calificará de plano como consumidor aquella persona que adquiere, usa o disfruta de un bien o servicio como destinatario final. Dicha posición en la relación antes indicada, resulta suficiente para que se considere su situación de asimetría informativa y por ende, se justifique su tutela. Esto sin perjuicio de sus cualidades personales o experiencia, lo cual no enerva su condición de consumidor en mérito a su posición dentro de la relación jurídica entablada²⁰⁵.

Por otro lado, ya desde la doctrina existía una fuerte corriente a favor de la extensión de la protección concedida al consumidor en beneficio de las pequeñas empresas, del pequeño comerciante; así por ejemplo, se fueron consolidando diversas iniciativas legislativas en un importante número de países de Europa a favor de las profesiones calificadas como “*small entrepreneurs*”²⁰⁶.

²⁰³ Rinessi, Antonio Juan (2006) *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 2.

²⁰⁴ Ello ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias emitidas en el marco de los Expedientes N° 7339-2006/PA-TC y N° 1535-2006/PA-TC.

²⁰⁵ Para tales efectos, se pueden apreciar los fundamentos 20 a 23 de la Resolución N° 0828-2010/SC2-INDECOPI.

²⁰⁶ Para mayores detalles, revisar: Bourgoignie, Thierry, *Op. Cit.*, p. 37 – 41.

El Perú vivió un proceso similar, pues en un primer momento el Tribunal del Indecopi, mediante su Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución N° 101-96-TDC, interpretó el texto original del inciso a) del artículo 3° del entonces vigente Decreto Legislativo N° 716 (Ley de Protección al Consumidor) en el sentido que solo calificaban como consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquirirían, utilizaban o disfrutaban un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato; no considerando por ende dentro de esta categoría a quienes hayan efectuado tal adquisición o uso para una actividad económica.

Esto cambió con la emisión del Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución N° 0422-2003/TDC-INDECOPI, mediante la cual se incorporó a los pequeños empresarios dentro de la categoría de consumidores, en la medida que no fuera razonablemente previsible que tuviesen (en merito de su actividad económica) conocimientos o información superior al promedio (especializada) en relación con el producto o servicio en cuestión. Con ello, a decir de Espinoza *“se pasa del criterio tipográfico del “último eslabón de la cadena” al criterio de protección a quien se encuentra en una situación de asimetría o desigualdad informativa”*²⁰⁷.

Este nuevo criterio se vio reflejado en la legislación nacional mediante el Decreto Legislativo N° 1045 y posteriormente, consolidado en el actualmente vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor. Dicha última norma, señala en el numeral 1.2 del artículo IV de su Título Preliminar, que califican como consumidores *“los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”*.

²⁰⁷ Espinoza Espinoza, Juan, *Op. Cit.*, p. 21.

Siendo así, en el caso de personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para una actividad económica, se deberán verificar tres elementos: (i) que ostenten la calidad de microempresarios conforme a la legislación vigente, (ii) que el producto o servicio respectivo no forme parte del giro propio de su negocio, y (iii) que se encuentren en una situación de asimetría informativa. Estos pasos en su oportunidad fueron desarrollados por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal del Indecopi a través de su Resolución N° 2188-2011/SC2-INDECOPI²⁰⁸.

- b) El proveedor: Como lo señala Lorenzetti²⁰⁹, el surgimiento de la noción de “proveedor” es propia del Derecho del Consumidor, pues *“en el derecho privado se han usado tradicionalmente términos más específicos como el de comerciante, asegurador y otros, pero la categoría que referimos alude a todo el sector oferente de productos y servicios, siempre que lo haga de una manera profesional y en una relación de consumo”*.

Nuestra legislación tampoco ha sido ajena a lo antes señalado, pues tanto el anterior Decreto Legislativo 716 como el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor, contienen un concepto amplio de proveedor, que señala de manera ejemplificativa a los distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores; abarcando ello incluso a los profesionales independientes o liberales (en su calidad de prestadores habituales de servicios)²¹⁰.

Un elemento fundamental para delimitar cuándo una persona natural o jurídica que ofrece un bien o presta un servicio califica como proveedor, es el de la habitualidad. Al respecto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del

²⁰⁸ Dicha resolución fue emitida en el marco del procedimiento seguido por Representaciones y Servicios A & M E.I.R.L contra Yell Perú S.A.C.

²⁰⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis (2007) *Tratado de los contratos*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Segunda Edición, tomo I, p. 156.

²¹⁰ Para tales efectos, se puede observar que, por ejemplo, a través de la Resolución N° 0947-2009/SC2-INDECOPI, se reconoció que los notarios también podían calificar como proveedores.

Tribunal del Indecopi ha señalado que *“para que un proveedor sea considerado como tal, no bastará que la venta de bienes o la prestación de servicios se realice de manera ocasional o aislada, como podría ser, por ejemplo, el caso de una persona que recibe en herencia un inmueble y lo vende, o aquel que vende su vehículo para adquirir otro nuevo, sino que dicha actividad comercial deberá efectuarse de manera común y con la finalidad de permanecer en el mercado”*²¹¹.

Ahora bien, esto *“no significa que deba existir un número mínimo de transacciones económicas para que un proveedor sea considerado habitual, sino que esto se refiere a la presunción de que se desarrolla la actividad para continuar en ella. Así, no podría decirse que dado que determinada persona emprendió su negocio hace recién unos cuantos días, no resulta ser sujeto de aplicación para efectos de la ley”*²¹².

Cabe destacar que ello se condice la concepción de la relación de consumo como asimétrica a nivel informativo, pues la experiencia y la profesionalización del proveedor (que lo dota de mayor y mejor información que su contraparte, el consumidor) se generan justamente por su habitualidad en la actividad en cuestión.

- c) El objeto: Como se desprende de los conceptos de consumidor y proveedor, su vinculación se encuentra en función a la adquisición, uso, disfrute, fabricación, comercialización, entre otros, de un producto o servicio.

De acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, los productos que pueden ser objeto de una relación de consumo son de un espectro bastante amplio, incluyendo cualquier bien mueble o inmueble, material o no, de

²¹¹ Ello ha sido señalado en el numeral 19 de la Resolución N° 2528-2013/SPC-INDECOPI y el numeral 13 de la Resolución N° 2536-2013/SPC-INDECOPI.

²¹² Reiley, Diana (2004) Definición de proveedor. En Espinoza Espinoza, Juan (curador) *Ley de Protección al Consumidor*. Lima, Editorial Rodhas, p. 39.

origen nacional o extranjero. En tal sentido, es fácilmente advertible que el valor económico de los mismos, no es un elemento que determine su posibilidad de integrar o no una relación de consumo, pudiendo ser desde un cuaderno de notas hasta una embarcación de recreo valorizada en millones de dólares.

Con relación a los servicios, vemos que la misma norma incluye a cualquier actividad de prestación de servicios (dentro de los cuales también se encuentran los servicios profesionales). Sin embargo, es clara al excluir aquellos servicios que prestan las personas en relación de dependencia.

Siendo así, por ejemplo, en el caso de los servicios médicos, se deben distinguir dos situaciones: (i) cuando el médico se encuentra en relación de dependencia con la clínica donde labora, en cuyo caso el consumidor se acerca al establecimiento de salud para acceder al servicio; y, (ii) cuando el consumidor se atiende directamente con el profesional médico, contratando directamente con éste último. Conforme lo señala Willstatter, *“en el primer caso la relación de consumo se entablará con el establecimiento médico, en la medida que los profesionales que prestan el servicio lo hacen dentro de una relación de dependencia. Sin embargo, en el segundo caso, la relación de consumo se establece directamente con el médico que brinda dicho servicio”*²¹³.

En tal sentido, serán objeto de tutela aquellos casos en los cuales nos encontremos ante una relación de consumo, en mérito a la interacción de dos agentes económicos (un proveedor y un consumidor), en función a un producto o servicio determinado, el cual se ha entregado o prestado, usualmente a cambio de una contraprestación económica.

Sin perjuicio de ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor ha expandido su ámbito de protección a aquel consumidor que se encuentre comprendido o expuesto, directa o indirectamente a una relación de consumo o a una etapa preliminar a ella.

²¹³ Willstatter, Anna Patricia (2004) ¿Qué servicios pueden ser materia de una relación de consumo?. En Espinoza Espinoza, Juan (curador) *Ley de Protección al Consumidor*. Lima, Editorial Rodhas, p. 45.

Así, por ejemplo, podemos ver aquellos casos en los cuales un consumidor sufra una afectación dentro de un establecimiento comercial (como la caída de un estante) o hubiese sido impedido de ingresar a un local, como resultado de un acto de discriminación. En dichos supuestos, si bien aún no se ha producido la adquisición de un producto o la contratación del servicio (en el caso del acto de discriminación, por voluntad del propio proveedor), es indudable que nos hallamos frente a situaciones que atañen al derecho de consumo y respecto de las cuales, el consumidor en cuestión se encuentra tutelado por las normas del Código antes indicado.

En esta lógica, el Tribunal del Indecopi ha señalado que “(...) *la relación de consumo no consiste solamente en una relación formal directa, es decir, no es un mero acto traslativo de "cosa - precio" o "servicio - precio", sino que va más allá de la prestación principalmente ofertada incorporando todos aquellos servicios complementarios que posicionan a un proveedor en el mercado distinguiéndolo de sus demás competidores y que definen en última instancia la elección del consumidor a su favor*”²¹⁴.

Finalmente, las normas de protección al consumidor también son de aplicación en el caso de operaciones a título gratuito, cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo. Ello implica entonces que, inclusive en aquellos casos donde no se constate la entrega efectiva de una contraprestación por parte del consumidor, podrá ser protegido cuando haya recibido un bien o servicio de un agente económico que califique como proveedor, con fines promocionales y dentro del ejercicio de la actividad económica que realiza este último; como podría ser, por ejemplo, un producto de degustación o un beneficio de fidelización.

²¹⁴ Esto fue expuesto por la Sala Especializada en Protección al Consumidor en el numeral 15 de la Resolución N° 0342-2014/SPC-INDECOPI.

5.5 El contrato de consumo

Dentro de la dinámica ordinaria de las relaciones de consumo, una herramienta fundamental mediante la cual los proveedores y consumidores entablan relaciones jurídicas y se obligan recíproca y consensualmente, es el contrato de consumo.

La concepción de esta forma de contratación y la normativa aplicable a la misma, resultan entonces de especial importancia, considerando además que justamente dicho acto jurídico se forma en base a la oferta y la aceptación, siendo que dichas manifestaciones de voluntad se conjugan bajo las mismas reglas de la contratación civil ordinaria. Siendo así, se desprende de forma clara que dentro de su formación y perfeccionamiento, podemos hallar (y usualmente es así), la existencia de una Oferta al Público realizada por el proveedor.

5.5.1 Concepto y alcances

Conforme lo señala Durand *“legislativa, jurisprudencial y doctrinariamente está reconocida la contratación de consumo no como un tipo contractual, sino como una modalidad de contratación con caracteres propios”*²¹⁵.

En tal sentido, cuando hablamos de un contrato de consumo, no nos estamos refiriendo a un tipo contractual nuevo distinto a los establecidos y normados en el derecho común (compraventa, arrendamiento, mutuo, etc.), sino a la celebración de estos actos jurídicos nominados, entre dos sujetos con las categorías de proveedor y consumidor, y que por ende, materializan una relación de consumo, la cual por sus características antes mencionadas, requiere de una regulación especial que tutele a la parte más débil: el consumidor.

Por ende, esto determina que además de las disposiciones propias del derecho contractual, su tutela se vea adaptada y reforzada por las normas de protección al

²¹⁵ Durand Carrión, Julio Baltazar, *Op. Cit.*, p. 248.

consumidor, las cuales serán aplicables de forma directa²¹⁶. Esto resulta de vital importancia, si consideramos que la masificación de las operaciones comerciales y la evolución de los mecanismos de intercambio de bienes y servicios, han generado que en la práctica, un abrumador porcentaje de las transacciones que se concluyen en el mercado tengan como una de sus partes al usuario final²¹⁷.

El artículo 45° del Código de Protección y Defensa del Consumidor²¹⁸ define el contrato de consumo, considerando como su objeto una relación jurídico patrimonial entre un consumidor y un proveedor, a lo que podría agregarse (complementando esta definición con lo señalado en el Código Civil), que dicho contrato puede crear, regular, modificar o extinguir la mencionada relación jurídica entre dichas partes.

Por otra parte, la norma antes señalada establece que mediante esta clase de contratación, un consumidor puede adquirir productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Sin perjuicio de que ello resulta así en la mayor cantidad de ocasiones, coincidimos con Baca Oneto en que no necesariamente todo contrato de consumo debe ser oneroso, pues no se descarta la posibilidad de que se celebre a título gratuito, más aún si se considera que las operaciones gratuitas con los consumidores también forman parte del ámbito de tutela de las normas de protección al consumidor²¹⁹.

²¹⁶ Considerando ello, Vega Mere señala “*A diferencia de lo que puede ocurrir con cualquier contrato moderno, celebrado por empresarios, el contrato de consumo no puede quedar sujeto únicamente a las normas de los códigos civiles y comerciales. Ellos requieren del necesario complemento de esta nueva disciplina (el derecho del consumidor)*”. Vega Mere, Yuri (1998) *Consumidor, contrato y sociedad postindustrial*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, p. 82.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

²¹⁸ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 45°.- Contrato de consumo

El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes.

En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos.

²¹⁹ “*El primer problema de la definición legal de contrato de consumo es que parece dejar fuera a los contratos gratuitos, en tanto existe una contraprestación económica. ¿Cómo hacer compatible esta norma con lo dispuesto por el tercer párrafo del art. III CPDC, según el cual “...están también comprendidos en el presente Código las operaciones a título gratuito, cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo”?* ¿Acaso en estos contratos, gratuitos pero orientados a motivar o fomentar el consumo, no se aplican las reglas de protección mínima previstas en el art. 47 del CDPC, ni tampoco las que prohíben las cláusulas abusivas, sino únicamente lo dispuesto por el Código Civil? La verdad, no tiene mucho sentido entenderlo así”.

Baca Oneto, Víctor Sebastián (2013) *Protección al Consumidor*. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi, pp. 42 – 43.

Un elemento importante, es que si bien resulta usual dentro de las relaciones de consumo, el empleo de contratos por adhesión o cláusulas predispuestas por el proveedor, nada enerva la posibilidad que un contrato de consumo pueda celebrarse de forma negociada entre las partes intervinientes²²⁰. En tal sentido, Alpa señala (comentando la normativa comunitaria europea) que se debe entender por “contrato con los consumidores”, a todo pacto, con base individual o de “masa”²²¹.

Finalmente, se prevé la aplicación supletoria del Código Civil y demás normas generales, para aquello no previsto en las normas de protección al consumidor y siempre que resulten acordes a su naturaleza. Siendo así, como se había adelantado, las normas de protección al consumidor son normas especiales que regulan directamente la contratación de consumo.

Por consiguiente, es el Código Civil la norma complementaria que subsidiariamente puede regular los actos de consumo. Ello no es baladí, pues nos permite saber qué norma aplicar prioritariamente respecto a los contratos de consumo y las controversias jurídicas que de su formación, celebración y ejecución devenguen²²².

5.5.2 Reglas básicas aplicables

Siendo que las relaciones jurídicas entre proveedores y consumidores suelen surgir y ser reguladas mediante mecanismos contractuales, y considerando la asimetría informativa existente en el mercado – aunada a la situación de vulnerabilidad del consumidor -, se

²²⁰ Con relación a la legislación argentina, Rinesi señala lo siguiente: “(...) si bien hemos destacado que la ley de defensa del consumidor no se pronuncia acerca de una determinada naturaleza de contrato, es decir, si se refiere a un contrato discrecional o a un contrato de contenido predeterminado, lo cierto es que sus disposiciones tienden a dar reglas acerca de estos últimos (...). En cuanto a los primero, guarda silencio, por lo que debemos interpretar que éstos no se encuentran expresamente excluidos de sus normas (...)”. Rinesi, Antonio Juan, *Op. Cit.*, p. 117 - 118.

²²¹ Alpa, Guido (2003) *Derecho del Consumidor*. Traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Lima, Gaceta Jurídica, p. 69.

²²² Para tales efectos, se puede revisar Gutierrez Camacho, Walter (2000) El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica. En Autores Varios. *Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta jurídica, p. 180

hace necesario el establecimiento de reglas especiales, que brinden mayor tutela a la parte débil dentro del esquema contractual propuesto.

Al respecto, Pertiñez nos señala que las técnicas e instrumentos empleados por el legislador para restablecer el equilibrio contractual son de tipología muy distinta, pudiendo ser clasificados en las siguientes categorías: (a) imposición de deberes informativos, (b) integración de la publicidad en el contratos, (c) imposición de requisitos formales para la celebración de determinados contratos, (d) fijación de límites imperativos a favor del consumidor, (e) sometimiento a controles especiales de transparencia y de contenido de las condiciones generales de contratación, (f) prevalencia del criterio de interpretación más favorable al consumidor, entre otras²²³.

Con relación a los deberes informativos, vemos que los mismos pueden materializarse dentro de la fase precontractual así como en el contrato mismo, considerando que el deber de informar: es una obligación legal, un deber de medios, un deber de cooperación y un deber de necesidad social²²⁴.

Si bien es cierto el contrato, por su propia naturaleza, contiene información vinculada a las prestaciones a las cuales las partes se están obligando, así como a la reglamentación de su relación jurídica; en determinados sectores el legislador ha considerado, que por su especial complejidad o relevancia, resulta necesario que el proveedor cumpla con trasladar de forma obligatoria cierta información. Este deber alcanza, incluso, a la forma en la cual es transmitida, a fin de hacerla más accesible al consumidor.

A fin de ilustrar lo antes señalado, haremos alusión a tres casos: los contratos inmobiliarios, los planes de salud y los servicios financieros:

²²³ Otros de los mecanismos implementados en el derecho comparado para lograr restituir el equilibrio entre las partes de los contratos de consumo, son: el establecimiento de un derecho de desistimiento unilateral y gratuito en aquellos casos en los que el consentimiento se haya brindado en condiciones que impulsaban una contratación irreflexiva o impulsiva, la nulidad parcial de las cláusulas que contravengan una norma imperativa, el reconocimiento de las acciones de tutela colectiva y la previsión de un sistema extrajudicial de resolución de conflictos.
Ver Pertiñez Vilchez, Francisco (2009) La formación del contrato. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director) *Tratado del Contrato*. Valencia, Tirant Lo Blanch, tomo I, p. 678.

²²⁴ Rinesi, Antonio Juan, *Op. Cit.*, p. 137.

- Con relación a los productos o servicios inmobiliarios, el artículo 77° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que los proveedores deben adoptar medidas para transmitir de forma veraz y clara diversa información, como por ejemplo, la identificación del proveedor inmobiliario, las características del inmueble o los canales para la atención de quejas, reclamos o denuncias.

Asimismo, los proveedores deberán implementar y mantener procedimientos para proporcionar información, de forma previa y gratuita, relativa a la partida registral del inmueble, la situación del proceso de habilitación urbana o de licencia de edificación, el plano del inmueble ofertado, entre otros.

Finalmente, el artículo 78° del mismo cuerpo normativo indica la información mínima que deben contener los contratos de compraventa de inmuebles, incluyendo elementos tales como: la identificación de las partes y el inmueble, el plazo de entrega o el área exclusiva y común; para luego señalar determinada información complementaria dependiendo si se trata de bienes futuros (lotes o edificaciones) o bienes terminados.

- En el caso de los planes o programas de salud que brinden beneficios similares o equivalentes a los de un seguro de salud (por ejemplo, coberturas para atenciones médicas en un determinado centro de salud a cambio de un pago periódico o único), el artículo 70° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que el contrato respectivo deberá contener información, por ejemplo, de los alcances, riesgos o características excluidas de cobertura, los establecimientos en los cuales puede hacerse valer el servicio contratado, así como la vigencia del producto o servicio.
- En materia de servicios financieros, un elemento respecto del cual tanto el Código de Protección al Consumidor como la Ley N° 28587 - Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios

Financieros han hecho especial incidencia, es el deber de las entidades financieras de difundir la Tasa de Costo Efectivo Anual (TCEA)²²⁵ y la Tasa de Rendimiento Efectivo Anual (TREA)²²⁶ a fin de que los consumidores puedan conocer con mayor precisión el real costo de las operaciones activas que contraten o el beneficio concreto que les traería una operación pasiva determinada.

Al respecto, la Resolución SBS N° 8181-2012 - Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, contiene una serie de disposiciones dirigidas a fortalecer la claridad y disponibilidad de la información, tanto en la etapa pre-contractual (a través, por ejemplo, de los mecanismos de difusión de información sobre tasas de interés, comisiones, gastos y productos o servicios), como al momento de contratar, mediante la entrega de hojas resumen (operación activas) o cartillas de información (operaciones pasivas)²²⁷, con diversa información, consignada de forma simple y esquematizada.

Ahora bien, respecto a los requisitos formales, si bien las normas de protección al consumidor no establecen (en la misma línea del Código Civil) que los contratos de consumo deban ser celebrados necesariamente por escrito, en caso el proveedor use

²²⁵ **RESOLUCIÓN SBS N° 8181-2012. REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA DE INFORMACIÓN Y CONTRATACIÓN CON USUARIOS DEL SISTEMA FINANCIERO**

Artículo 6°.- Tasa de costo efectivo anual

La tasa de costo efectivo anual (TCEA) es aquella que permite igualar el valor actual de todas las cuotas con el monto que efectivamente haya sido recibido en préstamo. Para este cálculo se incluirán las cuotas que involucran el principal, intereses, comisiones y gastos, que de acuerdo a lo pactado serán trasladados al cliente, incluidos los seguros en los casos que se trate de créditos de consumo y/o hipotecarios para vivienda. No se incluirán en este cálculo aquellos pagos por servicios provistos por terceros que directamente sean pagados por el cliente, ni los tributos que resulten aplicables.
(...)

²²⁶ **RESOLUCIÓN SBS N° 8181-2012. REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA DE INFORMACIÓN Y CONTRATACIÓN CON USUARIOS DEL SISTEMA FINANCIERO**

Artículo 7°.- Tasa de rendimiento efectivo anual

La tasa de rendimiento efectivo anual (TREA) de las cuentas de ahorro y depósitos, es aquella que permite igualar el monto que se ha depositado con el valor actual del monto que efectivamente se recibe al vencimiento del plazo, considerando todos los cargos por comisiones y gastos, incluidos los seguros, cuando corresponda, y bajo el supuesto de cumplimiento de todas las condiciones pactadas. No se incluyen en este cálculo aquellos pagos por servicios provistos por terceros que directamente sean pagados por el cliente ni los tributos que resulten aplicables.
(...)

²²⁷ El artículo 18° del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero establece el contenido que debe tener la Hoja Resumen, mientras que el artículo 19° de la misma norma, señala la información a incluirse en la Cartilla de Información.

dicha forma (que en este caso, sería *ad probationem*), deberá dejar constancia inequívoca de la voluntad de contratar de consumidor, entregando una copia del mismo a este último²²⁸.

Una regla a tener en cuenta, es que en el caso peruano se ha establecido de forma general que los formularios contractuales deben contar con caracteres de un tamaño no menor a tres milímetros, a fin de garantizar su lectura accesible por parte de los contratantes. Ello se condice con lo regulado en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, que consignan un tamaño mínimo para los caracteres en los contratos de consumo o en su defecto, la indicación de que sean legibles²²⁹.

Asimismo, tanto las normas generales de protección al consumidor, como las relativas a los contratos de consumo, contienen disposiciones relativas al establecimiento de límites a favor del consumidor. En tal sentido, observamos como principio transversal en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, la irrenunciabilidad de los derechos consagrados en dicha norma (numeral 1.3 del artículo 1°).

El artículo 47° del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece dos límites adicionales, aplicables a los contratos de consumo en general:

- No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

²²⁸ Ello se encuentra recogido en los literales a) y e) del artículo 47° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

²²⁹ Así, por ejemplo, las normas en materia de protección al consumidor de Brasil (Ley N° 8078, Código de Defensa del Consumidor), México (Ley Federal de Protección al Consumidor) y Uruguay (Ley N° 17.189, Ley de Relaciones de Consumo) establecen que los caracteres deben ser visibles.

Por otro lado, en Ecuador, Argentina y Chile, se optó (al igual que en Perú) por incluir un límite mínimo objetivo. Así, en Ecuador se estableció que los caracteres no pueden ser menores a un tamaño de fuente de 10 puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor), mientras que en Argentina (Resolución N° 906/98, adóptense medidas en relación los contratos escritos de consumo) y Chile (Ley N° 19.496, Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores) se ha fijado un límite de 1.8 y 2.5 milímetros respectivamente.

- Los consumidores tienen derecho a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados para la celebración de los contratos para desvincularse de estos, como por ejemplo la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo.

Así, vemos que el primero de dichos límites se encuentra destinado a evitar que mediante cláusulas contractuales complementarias, el proveedor subrepticamente desnaturalice u obstruya el ejercicio de los derechos y prestaciones que corresponden al consumidor. Por otro lado, vemos que por ejemplo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi sancionó en una oportunidad a una entidad financiera, que indicó a una consumidora que la cancelación de su tarjeta de crédito solo podía realizarse a través de la “banca telefónica”, pese a que el contrato de tarjeta de crédito había sido suscrito en su oportunidad de forma presencial²³⁰.

Ahora bien, respecto al control de las cláusulas generales de contratación, encontramos tres niveles de intervención del Estado, los cuales a su vez significan un elemento de intensidad diferenciada:

- 1) Establecimiento de deberes a ser observados por el estipulante: Los proveedores que pre-redacten cláusulas a ser impuestas a una generalidad de consumidores, deberán tener en cuenta lo siguiente: (a) concreción, claridad y sencillez (*clare loqui*), (b) accesibilidad y legibilidad, y (c) buena fe y equilibrio²³¹.
- 2) Proscripción de las cláusulas abusivas: Se entiende que una cláusula es calificada como abusiva cuando en una relación contractual reporta una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes en menoscabo de otro²³². A

²³⁰ Ver numerales 40 al 49 de la Resolución N° 3739-2014/SPC-INDECOPI del 3 de noviembre de 2014.

²³¹ La buena fe es un principio elemental en el derecho y resulta de especial aplicación en el ámbito contractual. Es por ello que el Código Civil lo recoge en su artículo 1362°, al señalar que “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”.

²³² Al respecto, conforme a lo señalado por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Tribunal del Indecopi en su Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI, el desequilibrio no será analizado en términos de adecuación económica de la contraprestación o del precio, sino más bien en términos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones asumidos por las partes.

tales cláusulas “*también se les conoce como cláusulas vejatorias porque agravan la posición de un contratante, en estos casos, del contratante que se adhiere al contrato predispuesto*”²³³.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor contiene una lista “negra” de cláusulas abusivas de ineficacia absoluta, la cual es *numerus clausus*; y por otra parte una segunda lista “gris” de cláusulas abusivas de ineficacia relativa, las cuales se evaluarán en cada caso en concreto y tienen el carácter de *numerus apertus*.

En tal sentido, el efecto de la verificación de una cláusula abusiva dentro de un contrato de adhesión o con cláusulas generales de contratación, será su inaplicación por mandato de la autoridad administrativa de consumo (en el caso peruano, el Indecopi).

- 3) Aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación: Existen algunos sectores en los cuales se ha establecido que las cláusulas predispuestas por los proveedores podrán ser incorporadas en los contratos que celebren con los consumidores y por ende, oponibles a estos últimos, en la medida que hayan sido aprobadas anteladamente por parte de la autoridad competente.

Como se puede observar, este es el supuesto más intenso de intervención por parte de la autoridad en la formación de los contratos, pues tendrá la labor de analizar y evaluar previamente la corrección de las estipulaciones a proponer por parte del estipulante.

De acuerdo a lo señalado precedentemente en el presente trabajo, este supuesto es usual en los mercados sujetos a regulación económica, al no existir un mercado competitivo en dichos casos. Siendo así, “*allí donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar (fijación de*

²³³ Soto Coaguila, Carlos Alberto, *Op. Cit.*, p. 112 - 113.

*tarifas, estandarización y publicidad de la oferta, etcétera) y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a todos sus posibles destinatarios (continuidad y regularidad de la prestación de un servicio básico y universal)”*²³⁴. Ello, en el caso peruano, se realiza a través de los Organismos Reguladores²³⁵.

Asimismo, encontramos que además en el sector financiero, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP realiza una actuación de evaluación y aprobación previa de los contratos con cláusulas generales de contratación dirigidos a los consumidores. En tal sentido, de acuerdo al artículo 43° de la Resolución SBS N° 8181-2012 - Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (modificado por la Resolución SBS N° 4461-2016), deberán ser objeto de aprobación administrativa previa las cláusulas de los siguientes contratos: crédito hipotecario, crédito de consumo, depósito de ahorro, depósito a plazo, depósito por compensación de tiempo de servicios, depósito en cuenta corriente, contrato de cajas de seguridad, contrato de custodia y dinero electrónico.

Finalmente, un principio importante en el caso de los contratos predispuestos (por adhesión o cláusulas generales de contratación) es el *In dubio contra stipulatorem* o *In dubio contra proferentem*, de manera tal que, “*ante una pluralidad de significados o una incomprensibilidad sobre su contenido, se impone escoger, en la duda, el criterio más favorable al adherente*”²³⁶.

²³⁴ Ariño Ortiz, Gaspar (2006) Logros y fracasos de la regulación. En *Themis. Revista de Derecho*. Lima, Asociación Civil Themis, N° 52, p. 49.

²³⁵ **LEY N° 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Artículo 1.- Ámbito de aplicación y denominación

La presente Ley es de aplicación a los siguientes Organismos a los que en adelante y para efectos de la presente Ley se denominará Organismos Reguladores:

a) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL);
b) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG);
c) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN); y
d) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

²³⁶ Amaya Ayala, Leoni Raúl (2007) La interpretación más desfavorable al consumidor. En *Revista Crítica de Derecho Privado*. Lima, Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”, N° 1, pp. 291 – 292.

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 1401° del Código Civil²³⁷ y es reforzada en el Código de Protección y Defensa al Consumidor, bajo la forma del Principio Pro Consumidor²³⁸.

Con relación a la integración de la publicidad a los contratos y sus efectos, serán evaluados más adelante.

5.6 La publicidad comercial

Como se ha podido apreciar de lo expuesto hasta el momento, uno de los principales mecanismos por el cual los agentes en el mercado que ostentan la calidad de proveedores suelen incentivar la adquisición o contratación de sus productos o servicios, es a través de la publicidad comercial.

En efecto, mediante la difusión de la publicidad comercial, las empresas buscan posicionar sus productos y servicios, apelando en algunos casos al empleo de personajes conocidos, el humor o la fantasía, o en otros casos, brindando información respecto a sus cualidades y características, de manera tal que persuadan a los receptores de las ventajas de su propuesta en el mercado.

Asimismo, en muchos casos, también a través de la publicidad, los proveedores transmiten su voluntad para prestar determinados servicios y ofrecer ciertos productos, indicando en el mismo anuncio su precio y demás condiciones. Es en este supuesto en donde podemos válidamente considerar que mediante la publicidad (aunque no

²³⁷ **CÓDIGO CIVIL**

Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

²³⁸ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Título Preliminar, Artículo V.- Principios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

(...)

2. Principio Pro Consumidor.- En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.

únicamente a través de ella), el anunciante está realizando una Oferta al Público, cuyos efectos jurídicos son justamente el objeto de estudio del presente trabajo.

Si bien es cierto la realización de actos que, por ejemplo, afecten el principio de veracidad o legalidad en materia publicitaria, en abstracto, constituyen actos de competencia desleal sancionados por la legislación especial de la materia²³⁹; es importante tener en cuenta algunos elementos básicos con relación a la actividad publicitaria y su regulación, considerando la amplitud del bien jurídico protegido por el ordenamiento al normar dicha actividad y su impacto dentro de las relaciones entre el proveedor (que realiza su propuesta comercial) y los consumidores (destinatarios del mensaje publicitario).

La normativa nacional, reconociendo las tendencias imperantes desde la segunda mitad del siglo XX en Europa²⁴⁰, ha acogido el denominado modelo social o institucional. Mediante este modelo, se dejan de lado las posturas netamente privatistas que anteriormente sustentaban la importancia de reprimir los actos de competencia desleal, para pasar a solidificar la relevancia que también tiene el interés colectivo y público, a fin de resguardar el correcto funcionamiento del proceso competitivo, en beneficio tanto de los competidores concurrentes en el mercado, como de los consumidores.

Es así que, en palabras de Barona, las normas de competencia se sustentan en “(...) *la consideración de respeto a la trilogía de intereses que pueden estar en juego en el mercado, es decir, el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los*

²³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

²⁴⁰ “Este modelo social es el que se conoce en Alemania (reformas significativas al respecto fueron la de 21 de julio de 1965, que va conceder legitimación activa a las asociaciones de consumidores (...)); en el derecho italiano también se produce paulatinamente esta evolución, sobre todo significativa al respecto fue la de otorgar legitimación a las sociedades de consumidores (...); en Francia es destacable la Ordenanza del 1 de diciembre de 1986, relativa a la libertad de precio y de la concurrencia (...).”

Barona Vilar, Silvia (1999) *Competencia Desleal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, Segunda Edición, pp. 18 – 19.

consumidores, y el interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado”²⁴¹.

Por ende, los agentes económicos pueden realizar actos de competencia desleal mediante la difusión de publicidad, en cuyo caso la afectación al proceso competitivo se evaluará mediante el análisis del anuncio publicitario en sí mismo. Sin embargo, ello no significa que en el caso concreto de las relaciones entre dicho proveedor y los consumidores, no se pueda generar alguna afectación a estos últimos, en función a lo ofrecido o informado mediante la publicidad, considerando cada caso en concreto.

En esta línea, se señala por ejemplo, en el artículo 18° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que para la evaluación de la idoneidad de los productos o servicios, uno de los elementos a analizar es la publicidad y la información transmitida. Siendo así, la Directiva N° 001-2014/TRI-INDECOPI indica que los órganos competentes en materia de protección al consumidor, evaluarán la publicidad en el marco de una relación de consumo, por la afectación a un consumidor en concreto, derivada de: (i) el incumplimiento de lo ofrecido por un proveedor en su publicidad; o, (ii) la imposibilidad de entablar una relación de consumo en los términos ofrecidos por la publicidad²⁴².

Por consiguiente, la evaluación del mensaje transmitido y su posterior vinculatoriedad, se encuentran en función de la aplicación de las reglas de interpretación y difusión de la publicidad, teniendo en cuenta su naturaleza y alcances.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

²⁴² Para tales efectos, se pueden observar los antecedentes, así como los artículos tercero y cuarto de la Directiva N° 001-2014/TRI-INDECOPI – “Delimitación de la competencia funcional de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y los órganos resolutivos en materia de protección al consumidor, en los casos en los que la publicidad confluye en el análisis de sus procedimientos”, publicada en el diario oficial “*El Peruano*” el 5 de julio de 2014.

5.6.1 Concepto y funciones

De una forma amplia, podemos aproximarnos a la publicidad como cualquier actividad de promoción de un bien o servicio, siendo que ello *“constituye el aspecto más fiel o más esencial del fenómeno publicitario. El empresario, a través de mensajes de cualquier índole, da a conocer sus productos”*²⁴³.

La publicidad comercial es, entonces, una herramienta esencialmente de carácter económico *“pues a través de ella se busca destacar bondades, cualidades y características de un producto o servicio. Su mensaje es comercial, pues cubre aspectos tales como objetivos de venta, introducción del producto o servicio en el mercado, mercadotecnia, marketing, etc.”*²⁴⁴.

El artículo 59° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, conceptúa a la publicidad como toda forma de comunicación, objetivamente apta o dirigida a promover, la imagen, marcas, productos o servicios de un agente económico, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales²⁴⁵.

Siendo así, vemos que la mencionada definición recoge la irrelevancia de la forma en que se manifiesta la actividad publicitaria. En tal sentido, se desprende que, a efectos de considerar una comunicación como publicitaria, es indistinta la modalidad de difusión del mensaje²⁴⁶.

²⁴³ Busto Lago, José Manuel y otros (2005) *Reclamaciones de Consumo*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, pp. 164 – 165.

²⁴⁴ Calle Casusol, Jean Paul (2002) *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima, Ara Editores, p. 141.

²⁴⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59°.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;

²⁴⁶ Lema Devesa, Carlos (2007) *Problemas Jurídicos de la Publicidad*. Madrid, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 111.

De lo antes expresado, se puede identificar el elemento característico de la publicidad comercial: la función persuasiva. En efecto, la función principal de un anuncio es convencer al potencial cliente para que compre el producto. Para hacer eso, el anunciante se vale de varios medios: el humor, la nostalgia, la fantasía, los atributos o beneficios de los productos, etc. A través de esta función se busca satisfacer las necesidades de los consumidores y promover la fidelidad con una determinada marca²⁴⁷.

Como lo ha señalado el Tribunal del Indecopi “(...) *la publicidad no es cualquier forma de comunicación sino, más bien, una forma de comunicación dirigida a promover la contratación de productos, es decir, a tener efectos -positivos para el anunciante- en el mercado de bienes y servicios*”²⁴⁸, es por ello que lo señalado por el anunciante no son alegaciones meramente descriptivas o de carácter neutral, sino que busca destacar algún elemento o característica del producto o servicio, con el propósito de hacerlo más atractivo para los consumidores.

Sin perjuicio de ello, se debe considerar que la publicidad también posee una función informativa, pues si bien no tiene necesariamente dicha finalidad, en muchas ocasiones constituye un mecanismo por el cual los proveedores trasladan determinada información (usualmente favorable a su propuesta en el mercado) hacia los consumidores, a fin de obtener su preferencia.

Esta función “*favorece la competencia en los mercados. La información de la publicidad ayuda a que los consumidores sean más activos al comparar sus diferentes opciones. Los ofertantes encuentran en la publicidad un medio idóneo a través del cual competir por atraer clientes. Ello es particularmente relevante para las empresas que recién ingresan al mercado*”²⁴⁹.

²⁴⁷ Sumar, Oscar y Julio Avellaneda (2012) *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico, pp. 46 – 47.

²⁴⁸ Resolución 0197-2005/TDC-INDECOPI del 16 de febrero de 2005, la cual aprobó un Precedente de Observancia obligatoria respecto a la diferenciación del rotulado con la publicidad en el envase.

²⁴⁹ Aramayo Baella, Abelardo y otros (2013) *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi, p. 75.

Cabe mencionar en este punto, que ello no implica la existencia de un deber de exhaustividad informativa “*ni tampoco un deber de información mínima en relación con las actividades, prestaciones o establecimientos promocionados (aunque no puede negarse tampoco que de forma mediata contribuye eficazmente a la puesta en circulación de informaciones más precisas y útiles en el mercado)*”²⁵⁰.

Finalmente, es importante traer a colación en este punto la doctrina anglosajona del “*Commercial Speech*” desarrollada por la Corte Suprema Norteamericana a partir del caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (1976), a través de la cual se establece que el discurso comercial también se encuentra tutelado por la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda, sin que ello implique por supuesto, la imposibilidad de regular su difusión, por ejemplo, si con esto se persigue asegurar que la información se coloque y propague en el mercado de forma libre de engaños y de abusos sobre los consumidores²⁵¹.

5.6.2 Sujetos y mensaje publicitario

En la difusión de la publicidad podemos encontrar cuatro sujetos actores: el anunciante, la agencia de publicidad, los medios de comunicación social y el destinatario. De ellos, el primero y el último son indispensables al momento de concebir el proceso de comunicación del mensaje publicitario; mientras que los otros dos, resultan de participación coadyuvante para elaborar el anuncio y difundirlo, no obstante pueden no concurrir en determinados casos en los cuales el anunciante decide llevar a cabo la actividad publicitaria por sus propios medios.

²⁵⁰ Massaguer, José (1999) *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, Civitas Ediciones S.L., p. 224.

²⁵¹ Para mayores detalles, se puede consultar: Rubí Puig, Antoni (2007) *Publicidad Comercial y Libertad de expresión*. Tesis doctoral. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1299492>).

El anunciante²⁵² es “*el motor de la actividad publicitaria, es la persona natural o jurídica que actúa en el mercado con una finalidad concurrencial y que, mediante la difusión de la publicidad, se orienta a mostrar a los consumidores la naturaleza, características, propiedades o ventajas de los bienes o servicios que constituyen el objeto de su actividad comercial*”²⁵³.

Por su parte, la agencia de publicidad es aquella persona natural o jurídica que diseña el anuncio publicitario por encargo y en beneficio del anunciante, siendo el ente creativo de la actividad publicitaria. Asimismo, el medio de comunicación es aquel sujeto encargado de la difusión social del anuncio publicitario, pudiendo valerse para ello de mecanismos de comunicación personalizada o masiva, tales como correspondencia, televisión, radio, internet, teléfono, mensajes de texto, entre otros²⁵⁴.

Con relación al destinatario, nos encontramos con el hecho que es el consumidor a quien está dirigido el acto publicitario, recibiendo la información contenida en el anuncio y siendo el sujeto a quien se busca persuadir. Evidentemente, el público destinatario de la publicidad no está compuesto por la totalidad de la población, sino que es el sector al cual está enfocado el anuncio y que está en aptitud real o potencial de recibir el mensaje publicitario.

²⁵² **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59°.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

c) Anunciante: a toda persona, natural o jurídica, que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone: i) ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o, ii) motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;

(...)

²⁵³ Aramayo Baella, Abelardo y otros, *Op. Cit.*, p. 80.

²⁵⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59°.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

a) Agencia de publicidad: a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios y otras prestaciones publicitarias;

(...)

f) Medio de comunicación social: a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono, Internet, facsímil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar;

(...)

Como producto del proceso de difusión de los anuncios publicitarios, el anunciante (en determinados casos, con colaboración de las agencias de publicidad y los medios de comunicación) busca transmitir un mensaje, el cual como se ha indicado, tiene un fin persuasivo.

El mensaje publicitario *“está compuesto de conceptos e imágenes creados y desarrollados por el anunciante, ya sea a través de sus departamentos internos de publicidad o de agencias especializadas (...) a través de los mensajes publicitarios los anunciantes transmiten información, ideas y conceptos acerca de los productos o servicios que comercializan, con el objeto de promover o fomentar en el destinatario del mensaje el consumo o la contratación de dichos bienes o servicios”*²⁵⁵.

A fin de interpretar el mensaje publicitario debemos tener en cuenta, que *“(...) quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor, definiendo bajo sus propios parámetros y experiencia el mensaje publicitario, resulta importante delimitar el contexto del mercado bajo el cual el consumidor se inserta, a efectos de tener una mejor aproximación a lo que este entiende de manera más natural”*²⁵⁶, pues *“(...) el anunciante es el agente que realiza la publicidad y, como tal, diseña y define el mensaje que desea transmitir al consumidor, mientras que este último es quien recibe dicha información, la procesa y luego la interpreta según sus propios parámetros”*²⁵⁷.

En tal sentido, se observa que es el receptor del anuncio quien interpreta el contenido del mensaje que percibe, ello con independencia de la intención o propósito del anunciante.

Finalmente, un punto de gran importancia a considerar es que, conforme lo reconoce el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el mensaje se desprende de un análisis integral y superficial del anuncio²⁵⁸. Esto denota que, una empresa que

²⁵⁵ Bezada Alencastre, José Antonio (2006) La Publicidad Comercial. En Espinoza Espinoza, Juan y Pierino Stucchi López Raygada (curadores) *Normas de la Publicidad*. Lima, Editorial Rodhas, p. 23.

²⁵⁶ Ver por ejemplo, las Resoluciones 0066-2016/SDC-INDECOPI y 0096-2016/SDC-INDECOPI.

²⁵⁷ Ver fundamento 31 de la Resolución 0478-2011/SC1-INDECOPI.

²⁵⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

difunde un anuncio publicitario, “pone a disposición del consumidor “paquetes de información” (conjuntos de datos que se entienden por sí mismos) que – salvo en los casos de anuncios o campañas de intriga - ²⁵⁹, deberían ser comprendidos en su integridad por el consumidor, de modo natural”²⁶⁰.

Por ello, debe tomarse en cuenta el significado usual que los consumidores atribuirán a las palabras e imágenes que se comuniquen mediante el anuncio evaluado, considerando así el mensaje que fluye naturalmente del mismo, dejando de lado interpretaciones aisladas o alambicadas.

5.6.3 Principios que rigen la publicidad comercial

A decir de Montoya, la actividad publicitaria desarrollada a través de sus cuatro principios: legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia, cumple un servicio dirigido a los consumidores que ayudará a orientar su libertad de elección²⁶¹.

a) Principio de legalidad:

Con relación al primer punto, vemos que la legalidad publicitaria está vinculada al deber de los anunciantes (así como de las agencias de publicidad y medios de comunicación) de difundir sus anuncios, respetando las normas imperativas del ordenamiento jurídico aplicables a la actividad publicitaria, las cuales pueden estar contenidas en leyes o en disposiciones infralegales.

Artículo 21°.- Interpretación de la publicidad.- (...)

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

²⁵⁹ Se trata de un formato publicitario, el cual suele ser usado para lanzar en el mercado productos o promociones. En dicho caso, el anunciante comunica fragmentos de información, en dos o más anuncios que individualmente resultan incompletos, con el objeto de crear curiosidad y expectativa con relación al mensaje que finalmente transmitirá.

²⁶⁰ Stucchi López Raygada, Pierino (2006) El Principio de Veracidad Publicitaria y la prohibición de inducir a error al consumidor a través de la publicidad. En Espinoza Espinoza, Juan y Pierino Stucchi López Raygada (curadores) *Normas de la Publicidad*. Lima, Editorial Rodhas, p. 114.

²⁶¹ Montoya Alberti, Hernando (1997) El Estatuto del Consumidor. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, p. 40.

Al respecto, el artículo 17° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal contiene determinadas reglas aplicables a la publicidad de productos peligrosos, precios de productos o servicios (respecto a su integridad y moneda), operaciones financieras, ventas a crédito, cantidad de unidades disponibles y vigencia de las promociones de venta, entre otros²⁶².

No obstante ello, también existe diversa regulación sectorial que establece las reglas que deben seguir los agentes económicos para promocionar determinados productos y servicios. Así vemos, por ejemplo: (i) el deber de consignar frases de advertencia en el caso de bebidas alcohólicas²⁶³, (ii) las reglas inherentes a la publicidad de productos farmacéuticos²⁶⁴, (iii) la información sobre las restricciones y condiciones de acceso a promociones²⁶⁵, (iv) la información que debe incluirse en los anuncios emitidos por Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas para operar con recursos del

²⁶² **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 17°.- Actos contra el principio de legalidad.-

(...).

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

- a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados;
- b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;
- c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado;
- d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable;
- e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables;
- f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y,
- g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable.

(...)

²⁶³ El artículo 8° de la Ley N° 28681 (Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas), establece la obligación de incluir o mencionar la advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” en los anuncios escritos, audiovisuales o radiales.

²⁶⁴ El artículo 39° de la Ley N° 29459 (Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios), establece por ejemplo que solo pueden ser objeto de publicidad al público general aquellos productos farmacéuticos autorizados para su venta sin receta médica. Asimismo, el artículo 41° de dicha norma señala que en esta publicidad, se debe consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones para su uso.

²⁶⁵ El artículo 14.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que, cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en cada uno de los anuncios o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se indique sobre la existencia de tales restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información.

público²⁶⁶, o (v) las restricciones para la difusión y el contenido de los anuncios de productos de tabaco²⁶⁷.

Como se puede apreciar, estas obligaciones derivadas del principio de legalidad pueden incidir sobre el contenido del anuncio, así como significar restricciones respecto a su difusión. Es pertinente indicar que al momento de evaluar aquellas conductas que infrinjan el Principio de Legalidad, la Autoridad Administrativa no *“deberá detenerse a evaluar la capacidad de dichas conductas para inducir a error a los consumidores, sino únicamente verificar que tal conducta se ha producido”*²⁶⁸.

b) Principio de veracidad:

Con relación al principio de veracidad, ello implica el deber del anunciante de no incurrir en actos de engaño mediante la difusión de un anuncio publicitario, por lo que resulta objeto de represión aquella publicidad que sea calificada como “engañosa”.

En tal sentido, *“en la estructuración de los anuncios publicitarios debe respetarse la verdad, evitando de cualquier forma que la información o imágenes contenidas en los anuncios deformen los hechos o induzcan a error al consumidor, y sea de manera directa, indirecta o por ambigüedad, omisión o exageración”*²⁶⁹.

Siendo así, estaremos frente a un acto de engaño, que contraviene el principio de veracidad, cuando el anuncio publicitario evaluado tenga como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o

²⁶⁶ El artículo 8° de la Resolución SBS 540-99 señala que los anuncios publicitarios que difundan tales cooperativas deben indicar claramente que no captan recursos del público y que los depósitos de los asociados no están cubiertos por el Fondo de Seguro de Depósitos.

²⁶⁷ En los artículos 13° a 17° de la Ley N° 28705 (Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco), se establece la obligación de incluir en sus anuncios frases de advertencia, así como determinadas prohibiciones y restricciones para la difusión de publicidad.

²⁶⁸ Para tales efectos, se puede revisar el literal d) del numeral 2.2 (Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria) del acápite I.4 (Contenido del Decreto Legislativo) de la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

²⁶⁹ Calle Casusol, Jean Paul, *Op. Cit.*, pp. 158 - 159.

distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial²⁷⁰.

Al sujetar la actividad publicitaria al principio de veracidad, se busca evitar que a través del anuncio de una oferta solo en apariencia ventajosa, una empresa induzca a los consumidores a adquirir sus mercancías o servicios. El principio de veracidad quiere reprimir las expresiones publicitarias que encierran alegaciones contrarias a la verdad²⁷¹.

Si bien la falsedad directa o engaño explícito es la forma más frontal de afectación al principio de veracidad, también puede contravenirse este deber, mediante la inducción a error (engaño implícito) o la omisión de información relevante (engaño por omisión).

En tal sentido, Lema Devesa señala que lo siguiente: *“existirá publicidad engañosa, en primer lugar, cuando se alteren los hechos y, en segundo lugar, cuando sin deformar los hechos se induzca a error (...) La publicidad falaz puede surgir – y de hecho surge frecuentemente – cuando el anunciante falta a la verdad porque atribuye a su empresa, mercancía o servicios características o cualidades que no poseen (...) cabe la posibilidad de que la publicidad engañosa surja cuando se divulgue un anuncio que, considerado abstractamente, es exacto, pero que el público interpreta erróneamente. (...) Por otra parte, no debe olvidarse que el error de los consumidores puede derivarse del hecho de que el anunciante silencia determinadas circunstancias esenciales, cuya omisión puede ser determinante del engaño del público”*²⁷².

²⁷⁰ Esta premisa ha sido recogida de lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

²⁷¹ Fernández-Novoa, Carlos (1989) *Estudios de derecho de la publicidad*. Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, pp. 68 – 69.

²⁷² Lema Devesa, Carlos, *Op. Cit.*, p. 42.

Finalmente, la configuración de los actos de engaño se produce con la concurrencia de tres circunstancias: la acción relevante, la exteriorización del engaño y la idoneidad del engaño. En tal sentido, aquella conducta que transmita un mensaje falso o equívoco, exteriorizado al público y sea capaz de inducir a error a los consumidores, calificará como acto de engaño²⁷³.

c) Principio de autenticidad:

Este principio implica *“el derecho que tienen los consumidores a reconocer cuándo están ante un mensaje persuasivo, y a la vez impone al anunciante la obligación correlativa de distinguir sus anuncios claramente como tales, en atención a que aquellos son sensiblemente más confiados frente a los mensajes no persuasivos que se les presentan”*²⁷⁴.

En este punto, se debe tener en cuenta que *“los consumidores toman con cierta desconfianza los mensajes publicitarios, ya que son conscientes de que son declaraciones interesadas del anunciante, lo que no ocurre cuando dichos mensajes son presentados de forma tal que el consumidor no percibe conscientemente su naturaleza publicitaria, por ejemplo con apariencia de noticias o de documentos que constituyen el resultado de una investigación periodística. En este último caso, la desconfianza natural sobre los mensajes que el consumidor recibe desaparece o se atenúa”*²⁷⁵.

Como se puede observar, mediante este principio se busca evitar que los proveedores presenten su opinión subjetiva y laudatoria con relación a sus propuestas comerciales como si fuese una información procedente de una fuente distinta, aparentemente

²⁷³ Para ahondar en estos tres elementos, se puede revisar Patrón, Carlos A. y Ana Julia Mendoza (2007) Actos de engaño en general. En Pasquel, Enrique y otros (compiladores) *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, pp. 127 – 132.

²⁷⁴ Muñoz de Cárdenas, Antonio (2006) Análisis del Principio de Autenticidad desde el Ordenamiento Jurídico Peruano. En Espinoza Espinoza, Juan y Pierino Stucchi López Raygada (curadores) *Normas de la Publicidad*. Lima, Editorial Rodhas, p. 170.

²⁷⁵ Ello ha sido recogido del el literal d) del numeral 2.2 (Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria) del acápite 1.4 (Contenido del Decreto Legislativo) de la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

desvinculada del anunciante y que normalmente goza de una “presunción de neutralidad”.

En vista de ello, es sancionable la difusión de publicidad encubierta, en la medida que oculte su real naturaleza y finalidad persuasiva; ello sin perjuicio del contenido y la información transmitida. Siendo así, el Precedente de Observancia Obligatoria emitido por el Tribunal del Indecopi mediante su Resolución N° 289-97-TRI señala:

"Para identificar aquellos casos en que la apariencia de la información publicitaria difundida por el medio de comunicación puede inducir a los consumidores a creer que se trata de una nota periodística, programa radial o televisivo, entrevista o reportaje de carácter imparcial, capaz de influir en su percepción y alterar así el efecto persuasivo del anuncio, debe tenerse en cuenta los siguientes elementos de juicio:

- a) La publicidad encubierta se presenta de modo tal que un consumidor razonable no podría identificar fácilmente su verdadero carácter:*

Es decir que la presunta publicidad encubierta debe encontrarse ubicada en las páginas, columnas o espacios informativos característicos del medio de comunicación. Asimismo, debe contar con similar formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión que las notas periodísticas, programas radiales o televisivos, reportajes o entrevistas características del medio de comunicación.

(...)”

- d) Libre y leal competencia:

La publicidad, por su naturaleza, es una herramienta de competencia, pues mediante la misma, los agentes económicos dan a conocer sus productos o servicios y buscan persuadir a los consumidores de optar por su propuesta.

En tal sentido, dentro de la libertad de empresa y organización con la que cuentan los agentes económicos²⁷⁶, estos pueden optar por emplear la difusión de anuncios publicitarios para mejorar su posicionamiento en el mercado.

Resulta lógico entonces, que las normas dirigidas a tutelar la libre y leal competencia incluyan reglas de regulación publicitaria, no solo con el objeto de facilitar la transparencia en el mercado o hacer efectivas las normas imperativas de carácter sectorial, sino además, proteger el proceso competitivo, como bien jurídico. Ello considerando que *“la existencia de la competencia y sus manifestaciones juegan un rol central en el desarrollo de los mercados y el bienestar de los consumidores y, por tanto, de la sociedad”*²⁷⁷.

Esto es así, pues mediante la actividad publicitaria, los competidores también pueden incurrir en conductas desleales y de esta forma afectar el proceso competitivo, al concurrir trastocando la transparencia del mercado o alterando indebidamente su propia posición competitiva o la ajena, canalizando de forma ilegítima la preferencia de los consumidores hacia su propuesta, por mecanismos distintos a la eficiencia competitiva²⁷⁸.

Los agentes económicos deberán realizar su actividad publicitaria, guiados por los buenos usos mercantiles, y bajo los preceptos exigidos por la buena fe empresarial²⁷⁹. Bajo tal premisa, se considerarán desleales (y por ende, ilícitos), aquellos anuncios a

²⁷⁶ Cabe señalar que la libertad de empresa, comercio e industria, se encuentra reconocida y tutelada en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

²⁷⁷ Eyzaguirre, Hugo (2007) Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal. En Pasquel, Enrique y otros (compiladores) *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, p. 73.

²⁷⁸ Resulta lícito que pueda generarse un daño concurrencial, como consecuencia natural de la interacción de los competidores en el mercado y su pugna por atraer la preferencia de los consumidores. No obstante, las consecuencias de un acto que afecte la leal competencia, no se encuentran enmarcadas dentro de este daño concurrencial.

²⁷⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 6°.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

través de los cuales: (i) se cause confusión a los consumidores respecto a la identidad o procedencia empresarial de los productos y servicios, (ii) se denigre o genere descrédito a un competidor, o (iii) se compare o equipare indebidamente los productos o servicios de un competidor respecto de otro.

5.6.4 La publicidad de promociones

Como se ha esbozado en el apartado anterior, una de las reglas que rige la publicidad comercial es el Principio de Legalidad, establecido en el artículo 17° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Dentro de los supuestos infractores a dicho principio, el artículo antes mencionado incluye el caso en el cual se omita indicar claramente la duración y cantidad mínima de unidades disponibles en los anuncios que difundan promociones de ventas, entendidas como la oferta de bienes y servicios en condiciones excepcionales y temporales, que se presentan como más ventajosas frente a los usuales términos de intercambio²⁸⁰.

Asimismo, vemos que el artículo 14° del Código de Protección y Defensa del Consumidor replica tal exigencia²⁸¹, pero adicionando una consecuencia jurídica a la falta de indicación de lo antes señalado: el proveedor se verá obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones ofrecidas.

²⁸⁰ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59°.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

h) Promoción de ventas: a toda aquella acción destinada a incentivar la transacción sobre bienes o servicios en condiciones de oferta excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria o estándar. Puede consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares;

(...)

²⁸¹ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 14°.- Publicidad de promociones

14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.

(...)

Esto denota la voluntad del legislador de dotar de obligatoriedad a lo publicitado al público por los proveedores. Ello se explica en el sentido de que, al no consignarse ningún límite de unidades o tiempo a la promoción, los consumidores entenderían que la misma tiene un carácter indefinido y por ende, el hecho que luego el proveedor pretenda oponerles alguna de dichas restricciones implicaría una defraudación de sus expectativas.

Por ende, lo señalado en el artículo 14° del Código de Protección y Defensa al Consumidor, parte de la premisa que las afirmaciones y ofrecimientos al público efectuados por los proveedores son vinculantes y por ende, su falta de precisión obliga plenamente a quien los hace.

5.6.5 Finalidad concurrencial como presupuesto para la aplicación de las normas de represión de la competencia desleal

Las reglas antes señaladas, son de aplicación a la publicidad comercial en abstracto, con prescindencia de que se verifique o no un daño concreto en algún competidor o consumidor.

Ahora bien, conforme se ha señalado, el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es el proceso competitivo. En tal sentido, las conductas sujetas a la aplicación de dichas disposiciones serán aquellas, cuyo efecto o finalidad directa o indirecta, sea concurrir en el mercado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁸².

Para tales efectos, conviene hacer mención a lo señalado por el Tribunal del Indecopi, mediante su Resolución N° 473-2012/SC1-INDECOPI:

²⁸² **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

17. *Un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete, procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que lo realiza. Ello se produce, ya sea incentivando directamente la contratación de sus propios bienes o servicios (efecto concurrencial directo) o promoviendo la posición de un tercero, en tanto la mejora de dicha posición le representa indirectamente un beneficio, al mantener con ese tercero una relación o vínculo de cualquier índole que le pueda generar una ventaja económica (efecto concurrencial indirecto).*

Siendo así, aquellas conductas no orientadas a que un agente económico obtenga una ventaja en un determinado sector del mercado, mediante un mejoramiento o reforzamiento de su posición competitiva, no se encontrarán sujetas a las reglas antes expuestas en materia de publicidad comercial. Esto, sin perjuicio de que tales conductas se rijan bajo las demás normas que sean aplicables.

5.7 Integración de la publicidad al contrato

Cuando hablamos de integración, hacemos referencia a una técnica legal por la cual se completa o compone el contenido de un contrato (ante la existencia de una laguna en la regulación consensual). Como puede apreciarse, la clave se encuentra “*en la referencia a un conjunto, a un todo hacia el que existe una acción de inserción*”²⁸³.

En dichos casos, usualmente se pueden emplear diversos principios fundamentales que operan como fuentes de integración, tales como la buena fe, la economía del contrato, los usos y las normas dispositivas²⁸⁴. En tal sentido, se desprende que el contrato obliga

²⁸³ Gutierrez Santiago, Pilar y Helena Diez García (2009) Interpretación e Integración del Contrato. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director). *Tratado del Contrato*. Valencia, Tirant Lo Blanch, tomo I, p. 900.

²⁸⁴ Al respecto, Alpa señala que la ley, los usos y la equidad son fuentes de integración del contrato. Asimismo, la ley puede establecer que las lagunas contenidas en un contrato sean colmadas conforme a los dictados de una disposición. Ver Alpa, Guido (2004) El Contrato en el Derecho Privado Italiano Actual. En Autores Varios. *Estudios sobre el Contrato en General*. Lima, ARA Editores E.I.R.L., Segunda Edición, p. 142.

no solo a aquello que las partes han expresado (declarado), sino también a todas las consecuencias que se derivan de: a) las normas imperativas que se hallen en conflicto con los preceptos de autonomía, b) las normas dispositivas con efecto supletorio omitidas o deficientemente expresadas, c) los usos y costumbres del lugar de celebración, cuando proceda, y d) la publicidad comercial, dado su carácter de fuente de la reglamentación contractual de los contratos de consumo²⁸⁵.

Con relación a este último punto, es importante señalar que la integración de la publicidad a los contratos responde al hecho que el consumidor suele adquirir el producto o servicio en cuestión, sobre la base de lo ofrecido por el proveedor. Por ello, el contenido publicitario difundido por dicho agente económico tiene incidencia en la formación de la voluntad contractual.

En esta línea, el artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, establece que el contenido de la publicidad (respecto a las características y funciones propias del producto o servicio; o las condiciones y garantías) obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado (entiéndase, el documento suscrito por las partes en el cual consta su acuerdo y los términos del mismo) o el documento o comprobante recibido.

Siendo así, encontramos que la función integradora de la publicidad se establece para los contratos con consumidores, de manera que el contenido de lo ofrecido en la publicidad “(...) *pasa a formar parte del contrato, si éste finalmente se celebra*”^{286 287}. Es válido señalar entonces, que en dichos casos, la publicidad se constituye en parte del acuerdo celebrado y es eficaz para los intervinientes, de la misma forma que cualquier otra cláusula expresamente consignada en el documento contractual.

²⁸⁵ Ver Stiglitz, Rubén S. y Gabriel A. Stiglitz (2012) *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Buenos Aires, Editorial La Ley, Segunda Edición, p. 161.

²⁸⁶ González Gonzalo, Alfonso, *Op. Cit.*, pp. 693 - 694.

²⁸⁷ Si bien ello ha sido señalado con respecto a lo establecido en el artículo 61° del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007), es importante destacar que dicha norma del derecho español resulta bastante similar en su tenor a lo establecido en el artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por lo que resulta aplicable al presente trabajo.

Considerando ello, en palabras de Weingarten y Gherzi, “*el contenido de los anuncios integra la trama obligacional aun cuando no haya sido reproducido en el contrato singular y otorga el derecho a exigir no solo las características propias de bien o servicio, sino además todo lo que se haya ofrecido en la actividad promocional*”²⁸⁸.

Es posible apreciar que lo antes señalado permite dotar de cierto nivel de protección al consumidor frente a los mensajes publicitarios u ofrecimientos realizados por los proveedores. Siendo así, ello no solo otorga una tutela directa y exigible a favor del consumidor afectado por un anuncio en concreto, sino que además repercute en la lucha contra la publicidad ilícita en general, en la medida que dicha regla también actúa como técnica de prevención de potenciales prácticas abusivas o engañosas por parte de los proveedores (que como una de sus principales consecuencias, conlleva a la existencia de una falta de adecuación entre la propuesta publicitaria con la literalidad del contenido del contrato finalmente celebrado).

Al respecto, podemos esbozar tres reglas o premisas a fin de comprender los alcances de la integración de la publicidad al contenido contractual en las relaciones de consumo²⁸⁹:

- a) El contenido informativo de la publicidad, y no las exageraciones publicitarias, es lo que pasará a formar parte del contenido del contrato. Esta delimitación se realizará por supuesto, bajo un criterio de razonabilidad, a fin de evaluar las legítimas expectativas del consumidor frente a lo publicitado, de conformidad con el principio de buena fe que rige el ámbito contractual.
- b) La integración comprende cualquier tipo de publicidad, considerando que esta regla no se encuentra circunscrita a alguna forma o tipo de anuncio publicitario

²⁸⁸ Weingarten, Celia y Carlos Gherzi (2011) *Manual de los Derechos de los Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires, Editorial La Ley, p. 60.

²⁸⁹ En este sentido, se puede revisar: Busto Lago, José Manuel y otros, *Op. Cit.*, pp. 192 - 193.

en específico. Como señalan Vazquez y Peyrano²⁹⁰, estas precisiones pueden venir escritas, pero también es posible que se vuelquen en imágenes, esquemas, etc.

- c) No es necesario que concurra un supuesto de engaño o fraude por parte del proveedor – anunciante, por lo que la integración del contenido publicitario al contrato se realizará en virtud a lo establecido en las normas de protección al consumidor.

Lo antes señalado, por supuesto, tiene como sustento la claridad y precisión de lo señalado en la publicidad que integraría el contrato de consumo en concreto (no siendo admisible integrar contenidos inexactos o increíbles), y el hecho que exista una coincidencia entre el producto o servicio contratado y el publicitado. Asimismo, a fin de efectuar adecuadamente la mencionada integración de la publicidad al contrato, se deberá también constatar que la promoción o propuesta contenida en la publicidad haya estado vigente al momento de la suscripción del contrato en cuestión.

Considerando ello, se puede mencionar por ejemplo, que en un caso, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (Argentina) señaló que la publicidad obligaba al oferente –una empresa de telefonía celular que destacó en sus publicidades el no cobro de llamadas recibidas desde teléfonos público -, por lo cual debía considerarse como integrante del marco de ejecución del contrato con el consumidor²⁹¹.

En tal sentido, bastará verificar la difusión del mensaje publicitario respectivo para que el mismo se integre a los contratos que se celebren, sin que sea necesario que además se constate un “ofrecimiento directo y concreto” de lo indicado en dicho anuncio publicitario a cada uno de los consumidores contratantes.

²⁹⁰ Vazquez Ferreyra, Roberto y Marcos L. Peyrano (2008) Análisis de la Ley 24.420 de Defensa del Consumidor. En Bueres, Alberto J. y Elena I. Highton (Dirección y coordinación) *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., Tomo 3B, p. 243.

²⁹¹ Ello corresponde a la causa 10/4/2006 “Marceillac, Juan I. v. Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”, reseñado por Japaze, Belén (2009) La Publicidad Comercial y las Prácticas Comerciales. En Rusconi, Dante D. (Coordinador) *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 295.

5.8 Materialización de la Oferta al Público

Los proveedores suelen realizar (por ejemplo) diversas campañas publicitarias para promocionar los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, así como lanzar al público en general ofertas que contienen todos los elementos esenciales del contrato que se busca celebrar; lo cual *“nos lleva a considerar a la publicidad como oferta, en el derecho del consumidor, pero además su importancia en la formación del contrato”*²⁹², dotando de efectos jurídicos vinculantes a dichas declaraciones unilaterales.

Por ello, es posible afirmar que en las invitaciones televisivas (de la misma forma que otras formas de difusión publicitaria), *“las palabras e imágenes se suman, declaradamente, en una oferta, que demanda una aceptación”*²⁹³. Estas comunicaciones involucran una oferta “abierta” a una respuesta, no simples piezas informacionales, pues en este último caso, sí serían solo una invitación a ofrecer.

Sin embargo, cabe mencionar que si bien los agentes económicos suelen emplear los mecanismos publicitarios tradicionales para poner en conocimiento de sus potenciales clientes la Oferta al Público que desean formular en el mercado, existen otros medios mediante los cuales se materializan estas propuestas. Al respecto, Farina señala *“toda oferta hecha pública está dirigida a consumidores potenciales indeterminados; pero debe aceptarse que la oferta está dirigida a consumidores potenciales indeterminados aunque no sea a través de un medio que la haga pública, como es el caso de la mercadería exhibida, con su precio, en el local comercial”*²⁹⁴.

Es así que si un comerciante (proveedor) expone un determinado producto en sus vitrinas, con indicación del precio de venta, bastará que un transeúnte ingrese al

²⁹² Durand Carrión, Julio Baltazar, *Op. Cit.*; p. 252.

²⁹³ Oppo, Giorgio (2004) ¿Deshumanización del contrato?. En Autores varios. *Estudios sobre el Contrato en General*. Lima, ARA Editores E.I.R.L., Segunda Edición, p. 322.

²⁹⁴ Farina, Juan (2011) *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires, Editorial Astrea, Cuarta Edición, p. 210.

establecimiento y manifieste su voluntad de comprar dicho producto, para que con esta aceptación se entienda por celebrado el contrato²⁹⁵. En el mismo sentido se pronuncia Larroumet al señalar que *“cuando un comerciante está en permanente oferta al público mediante la exposición de sus productos, el acuerdo de voluntades se presenta cuando un cliente acepta el producto en las condiciones que el comerciante le indique”*²⁹⁶, siendo que en dicho caso la transacción se concluye y se ejecuta en un mismo momento, si el producto está disponible inmediatamente.

En tal sentido, se puede apreciar que la publicidad constituye notoriamente el principal mecanismo empleado por los proveedores para efectuar sus propuestas comerciales a los consumidores, por lo que el mayor vehículo por el cual se realizan las Ofertas al Público es mediante la difusión de anuncios publicitarios. No obstante, existen casos en los cuales determinadas declaraciones o acciones del comerciante (por ejemplo, exhibición de mercadería con la indicación de su precio) también denotan una oferta a personas indeterminadas.

Por consiguiente, las alusiones que se realicen con relación a la publicidad como Oferta al Público vinculante y sus respectivos efectos, son trasladables a las demás formas de oferta dirigidas a personas indeterminadas.

Finalmente, debe considerarse que la publicidad en algunos casos, pese a su carácter persuasivo, puede no constituir una Oferta al Público propiamente dicha. Así, una mera campaña publicitaria exaltando las bondades de un determinado producto o servicio no es una Oferta al Público, pues no contiene los elementos esenciales del contrato que se pretende celebrar. En tales supuestos, la venta, locación o servicio más que ofrecerse, se anuncian.

Sólo serán consideradas aquellas propuestas publicitadas por los proveedores que contengan los elementos esenciales del contrato proyectado, puesto que la oferta es una

²⁹⁵ “En consecuencia el comerciante no puede revocar su oferta, o lo que es igual, no puede negarse a efectuar la entrega de la mercancía a quien la pida, porque éste al pedirla perfecciona el contrato y es ya adquirente”. *Ibidem*, p. 211.

²⁹⁶ Larroumet, Christian, *Op. Cit.*, p. 185.

declaración de voluntad a través de la cual se propone la celebración de un contrato y que debe contener todos los elementos esenciales del mismo; de manera tal que una vez comunicada la respectiva aceptación, el contrato quedaría celebrado.

5.9 Lo ofrecido al público como parámetro de idoneidad

Uno de los elementos centrales dentro de las normas de protección al consumidor es el, muchas mencionado, deber de idoneidad. El artículo 18° del Código de Protección y Defensa del Consumidor es claro al señalar que un producto o servicio se considerará idóneo, en la medida que exista correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que finalmente recibe.

Esto implica la determinación de dos premisas: (i) lo que podía esperar válidamente el consumidor, y (ii) lo que efectivamente recibió. Siendo así, mientras el segundo punto suele ser un asunto de corte fáctico, las mayores dificultades pueden presentarse al determinar qué era lo que podía esperar el consumidor, exigiendo ello muchas veces un trabajo interpretativo.

El mismo artículo 18° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, nos señala que el análisis antes indicado, se realiza en función a lo ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

De ahí se sigue que *“el deber de idoneidad y de información a cargo del proveedor son los dos pilares fundamentales sobre los cuales descansa la protección al consumidor”*²⁹⁷, constituyendo dos caras de una misma moneda: la información recibida determinará las expectativas de los consumidores y por ende, el parámetro para juzgar idóneos o no los productos y servicios recibidos.

²⁹⁷ Espinoza Espinoza, Juan, *Op. Cit.*, p. 99.

Dentro de aquellos canales que trasladan información relevante a los consumidores y generan expectativas está por supuesto, la Oferta al Público que los proveedores lancen en el mercado. En consecuencia, los precios, características o condiciones publicitadas en tales casos, generarán que los consumidores esperen que al acceder a la contratación y recibir el producto o servicio en cuestión, estos se ajusten a lo ofrecido.

Para mayores detalles, el deber de idoneidad conforme al artículo 20° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se configura en función a tres garantías: la implícita, la explícita y la legal. Considerando entonces, que la garantía explícita puede ser definida como aquella compuesta por los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor, *“que siendo conocidos o conocibles por el consumidor razonable utilizando su diligencia ordinaria excluyen la garantía implícita”*^{298 299}; se colige que lo propuesto por los proveedores mediante una Oferta al Público encuadra dentro de esta garantía explícita.

Por consiguiente, vemos que lo exigible por los consumidores no se circunscribe a lo consignado de forma expresa en el documento contractual, pues en realidad es la información recibida (incluso mediante medios publicitarios u otras formas de Oferta al Público) la que construye la expectativa tutelable, en este caso, bajo el cumplimiento del deber de idoneidad.

5.10 La Oferta al Público como oferta vinculante en las relaciones de consumo

Con relación a la Oferta al Público efectuada por los proveedores en el mercado hacia los consumidores, la doctrina nacional y extranjera es uniforme al concederle un carácter vinculante y dotar a dicha propuesta de los efectos jurídicos propios de la oferta contractual.

²⁹⁸ Durand Carrión, Julio Baltazar, *Op. Cit.*, p. 232.

²⁹⁹ Téngase en cuenta, que conforme al artículo 20° del Código de Protección y Defensa del Consumidor: *“Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado”*.

Tal enunciado parte de la premisa de que la naturaleza de las relaciones de consumo y su regulación tuitiva especial, justifican un alejamiento de las reglas contractuales paritarias del derecho civil común (dentro de las cuales, se puede encontrar – en algunos ordenamientos - la no vinculatoriedad de la oferta hecha a personas indeterminadas o su conceptualización como invitación a ofrecer).

Al respecto, en el caso peruano, debemos tener en cuenta que el artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, señala que *“el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”*.

Asimismo, el artículo 14.1 del mismo cuerpo normativo establece que en la publicidad de promociones de ventas se debe consignar la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de los productos ofrecidos; pues de no hacerlo así, el proveedor estará obligado a entregar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios publicitados, de acuerdo a lo ofrecido en la promoción respectiva.

Considerando todo lo antes indicado, Durand ha denominado a esta oferta como “oferta al consumidor”, para luego manifestar que *“el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 716 (cuya redacción es similar al actualmente vigente artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor) establece el carácter obligatorio de toda oferta pública o privada que se lance al consumidor”*³⁰⁰, por lo que considera que el tratamiento normativo que se le da a la Oferta al Público en dicha norma, se distancia de lo prescrito por nuestro Código Civil.

Con relación a la anterior Ley de Protección al Consumidor (lo cual también resulta aplicable, *mutatis mutandis*, a lo establecido en el vigente Código de Protección y

³⁰⁰ Durand Carrión, Julio Baltazar (2006) *Derecho del Consumidor*. Lima, Editorial Cultural Cuzco, p. 331.

Defensa del Consumidor), Vega Mere señalaba que *“la interpretación que le debía asignar no era del todo fácil; sobre todo si se tiene en cuenta que en el tráfico mercantil el término “oferta” no es, necesariamente, entendido como declaración negocial encaminada a la celebración de un contrato, sino más bien como una disminución del precio de un bien o servicio para favorecer su consumo. A pesar de esta dificultad, el artículo 22° del propio Decreto Legislativo N° 716 (el cual tiene un tenor similar al artículo 14.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor) dio la respuesta al interrogante, pues distinguió implícitamente (ahora con mayor precisión y de modo explícito, gracias a la modificación introducida por el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 807) la oferta (en sentido técnico-jurídico) de la rebaja de precio (que es el significado que los proveedores usan en el argot comercial)”*³⁰¹.

De forma similar, en alusión al anterior Código Civil argentino y la Ley de Defensa del Consumidor de dicho país, Farina³⁰² estimaba que el artículo 7° de Ley de Defensa del Consumidor *“introduce una importante modificación a los requisitos que, según la teoría tradicional (que para esto recurre al artículo 1148° (...)), el Código Civil impone para que haya oferta”*.

En este sentido, se observa que el autor citado considera que las normas de protección al consumidor ampliaron la concepción de oferta contractual contenida en el ordenamiento civil, determinando de esta forma que las propuestas dirigidas a una cantidad indeterminada de personas (como sería el caso de la Oferta al Público), califiquen como ofertas contractuales y por ende, resulten vinculantes para quien las formule.

Considerando lo antes señalado, Durand³⁰³ indica que esta “oferta al consumidor” tiene las siguientes características propias:

³⁰¹ Vega Mere, Yuri (1997) Oferta, Información y Consumidor. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, p. 124.

³⁰² Farina, Juan, *Op. Cit.*, p. 202.

³⁰³ Durand Carrión, Julio Baltazar (2007) *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, p. 252.

- a) *“Puede o no ser recepticia, es decir, puede estar dirigida a una persona determinada o ser dirigida al mercado”³⁰⁴.*
- b) *Siempre es vinculante, a diferencia de la Oferta al Público regulada en el Código Civil.*
- c) *Sus alcances rebasan el mero documento contractual.*
- d) *En caso de ofertas promocionales, el deber de información del proveedor es agravado al punto de exigirle precisiones sobre la duración de la promoción y unidades disponibles”.*

Por consiguiente, se entiende que los proveedores de bienes y servicios, al realizar una Oferta al Público conteniendo los elementos esenciales del contrato a celebrar, están manifestando su voluntad de contratar y no sólo de invitar a los potenciales consumidores a hacer sus ofertas.

Siendo así, una vez realizada la Oferta al Público, el proveedor habría manifestado su voluntad de contratar y esto lo vincularía frente a los destinatarios de dicha oferta. De esta manera, la conducta del proveedor queda más restringida, pues no podrá negarse injustificadamente a celebrar los contratos que se generen por la aceptación de los consumidores o usuarios que ante él acudan, en mérito a lo publicitado por dicho proveedor.

En este sentido, y analizando la jurisprudencia del Indecopi en materia de protección al consumidor, Muñoz³⁰⁵ señala que el fundamento que la entonces Ley de Protección al Consumidor (ahora Código de Protección y Defensa del Consumidor) ha tomado en cuenta para habilitar al consumidor a denunciar los incumplimientos de los ofrecimientos publicitarios vinculantes (así como toda otra forma de Oferta al Público) *“(...) es, justamente, que en estos casos el consumidor (cuando otorgó su aceptación) sí*

³⁰⁴ “Cuando la oferta se dirige al público, se entiende que es dirigida a un número indeterminado de personas. El universo al cual es comunicada es impreciso, aunque hoy, gracias a la investigación de mercado, los especialistas saben calcular, de manera muy aproximada, cuántos individuos podrán tomar conocimiento de ella. A pesar de lo dicho, la nota señalativa de la oferta al público es que no se conoce, inicialmente, la identidad del sujeto al cual va dirigida (...)”
Vega Mere, Yuri, *Op. Cit.*, p. 110.

³⁰⁵ Muñoz de Cárdenas, Antonio (2004) Toda regla tiene su excepción. Apuntes sobre la relación de consumo y los ofrecimientos publicitarios. *En Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., N° 74, año 10, p. 109

celebró un contrato con el proveedor (que previamente emitió la oferta pública); contrato que, (...) es inejecutado por una decisión unilateral que constituye, evidentemente, una conducta del proveedor que merece ser desincentivada precisamente porque impide que el proceso de consumo se desarrolle sin patologías”.

Bajo esta premisa, Vega Mere³⁰⁶ señala que antes de la entrada en vigencia de la anterior Ley de Protección al Consumidor, *“la publicidad (que puede o no constituir una oferta al público) si bien se encontraba sometida a ciertos códigos deontológicos y normas que buscaban evitar la competencia desleal, se encontraba libre para, bajo el pretexto de “dolus bonus”, o bien del hecho de considerar que las ofertas al público realizadas por los comerciantes eran consideradas como invitaciones ad offerendum (invitaciones a ofrecer), hacer públicas algunas condiciones o bondades de sus productos o servicios que no siempre eran recogidos en los posteriores contratos, comprobantes o documentos relacionados con la transacción. Asimismo, estos proveedores publicitaban la venta de ciertos objetos esperando el mayor número de adquirentes (provenientes del público consumidor al que fue dirigida de manera indeterminada la oferta) sin interesar si las unidades disponibles resultaban ser bastante limitadas en consideración con la acogida que razonablemente se podía esperar, en especial en aquellos casos donde realizaban promociones u obsequios especiales”.*

En este sentido, las normas de protección al consumidor establecen el carácter obligatorio de toda oferta (inclusive aquella realizada al público en general). De esta manera, si el proveedor difunde un aviso por medio del cual promociona sus productos, indicando las características, ventajas y precio de aquellos, se entenderá que se trata de una oferta al consumidor y por consiguiente será exigible por éste.

Por su parte, Botana y Ruiz, comentando la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de España (el cual tiene un texto similar al del artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor), señalan que *“dicha norma exige la certeza o veracidad de las características y condiciones de los productos anunciados en la*

³⁰⁶ Vega Mere, Yuri (2001) *Contratos de Consumo*. Lima, Editora Jurídica Grijley, p. 146.

publicidad o en la oferta contractual e impone el carácter vinculante de las condiciones anunciadas, haciendo referencia tanto al contenido de la publicidad como a la oferta contractual”³⁰⁷.

Cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por Reyes³⁰⁸, ya los Tribunales españoles han considerado directamente aplicable lo antes señalado a la compraventa de inmuebles, siendo incluso factible extender ello a los demás supuestos de relaciones jurídicas entre consumidor y anunciante (entiéndase, proveedor oferente).

Esta posición, desde el enfoque del derecho del consumidor, se sustenta en la necesidad de tutelar las expectativas de los consumidores y evitar que las mismas se vean defraudadas por conductas unilaterales del proveedor oferente. Esto puede ser graficado por lo señalado por Benavides, quien indica que la regulación de la Oferta al Público realizada por el Código Civil (el cual la considera una invitación a ofrecer) “*deja abierta la puerta a que el pobre cliente que descarga su carrito repleto de mercadería ante la caja del autoservicio, pueda recibir por respuesta una negativa de la dependiente del mismo “No señor, a usted no le vendemos”*”³⁰⁹; precisando más adelante que “*resulta increíble que un código que en materia contractual ha demostrado su preocupación por la justicia y por la protección a la parte débil, en el caso de una institución de tanta trascendencia en el campo contractual le dé más bien la espalda a los consumidores, por tratar de proteger a los comerciantes*”³¹⁰.

En un ámbito de contratación masiva, en el cual “*las tratativas previas propias del contrato de negociación individual han sido sustituidas por el marketing y la publicidad, que hacen aparecer una suerte de “credibilidad del consumidor” (...) que genera*

³⁰⁷ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel (1999) *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*. Madrid, Mc Graw Hill, p. 139.

³⁰⁸ Reyes López, José (1999) *Derecho de Consumo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 157.

³⁰⁹ Benavides Torres, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 107.

³¹⁰ *Ibidem*; p. 109

*razonablemente una expectativa de contrato*³¹¹; *la publicidad autoriza a realizar una serie de actos de índole económica, que no pueden desvanecerse por el retiro abrupto o la negativa infundada del empresario*³¹².

En este sentido, se esgrime que la postura en virtud de la cual el oferente puede sustraerse de las prestaciones anunciadas públicamente en tanto que no son vinculantes (que es una de las consecuencias de concebir la Oferta al Público como una invitación a ofrecer); *“resulta abiertamente inconsistente con la estructura de nuestro sistema jurídico y con las exigencias de transparencia y lealtad que demanda el principio de la buena fe que, aunque otrora relativizado, hoy advierte su verdadera extensión en el entero eje de la contratación privada, en particular, en aquellas relaciones jurídicas merecedoras de especial protección”*³¹³.

Siendo así, se busca evitar que, por ejemplo, un agente económico lance una oferta en el mercado, ofreciendo un bien en determinadas condiciones especiales, pese a saber que solo cuenta con un número limitado de unidades o que tales condiciones podrían ser modificadas. Caso contrario, los proveedores podrían ampararse, alegando que se trataba de una “invitación” que no involucraba carácter vinculante alguno.

De esta manera, la concepción de la Oferta al Público como vinculante para quien la realiza, permite *“proteger la confianza que los usuarios depositan en los datos consignados públicamente desde la oferta misma (...). Esta confianza comienza a formarse a través de los actos promotores de la contratación, respondiendo luego el consumidor a los estímulos publicitarios, accediendo a la contratación”*³¹⁴.

³¹¹ Conforme lo señala Weingarten *“(...) la expectativa razonable nace fundamentalmente a partir de los actos precedentes que realiza la empresa y es la que orienta el comportamiento del consumidor y usuario (...) porque la conducta empresarial antecedente crea expectativas y garantiza su cumplimiento, que se materializan en obligaciones jurídicas, convirtiéndose en fuente de seguridad (económica, social y jurídica)”*
Weingarten, Celia (2004) *Derechos en expectativa del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 13.

³¹² *Ibidem*, p. 63.

³¹³ Granados Aristizábal, Juan Ignacio (2013) Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que se ellas emana al contenido del contrato con el consumidor. En *Revista E-Mercatoria*. Universidad Externado de Colombia), Volumen 12, Número 1, p. 43. (<http://revistas.uxternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3509/3397>)

³¹⁴ Weingarten, Celia y Carlos Ghersi, *Op. Cit.*, p. 59.

Finalmente, es importante recordar que la oferta es una declaración de voluntad mediante la cual se propone la celebración de un contrato y que debe contener todos los elementos esenciales del mismo³¹⁵; por lo cual si la aceptación se produce, el contrato queda perfeccionado y el oferente vinculado a los términos de su oferta, que se integra en el contrato. En este sentido, el proveedor deberá ejecutar la prestación conforme a las características y condiciones propuestas, siendo responsable por el incumplimiento de ello.

Dentro de tal esquema, Botana y Ruiz hablan de una “oferta publicitaria” cuando el contenido informativo que aparece en la publicidad hace referencia a todos los elementos esenciales del contrato propuesto; para luego concluir que *“en realidad, el carácter vinculante que para un empresario o comerciante puedan tener las condiciones propuestas en lo que hemos llamado “oferta publicitaria” deriva de su propia naturaleza de oferta contractual”*³¹⁶.

Aquella propuesta realizada por el proveedor mediante folletos, circulares o publicidad con determinación de sus características y precio, calificará como una Oferta al Público vinculante. La firma del oferente en el folleto o circular respectiva no es necesaria, siendo *“suficiente con acreditar la autoría u origen de ese prospecto o anuncio”*, puesto que *“(…) por lo general, al comerciante no le interesa que el cliente sea una persona determinada, busca al que esté dispuesto a comprar”*³¹⁷.

³¹⁵ “La preceptiva viene a variar el requisito de validez de la propuesta contractual, de estar dirigida a persona o personas determinadas (...) para abarcar todos aquellos supuestos en que la oferta es formulada a personas indeterminadas (...). Claro está que ello no importa prescindir de los demás recaudos que debe contener la oferta según los exigidos por el Código Civil (versar sobre un contrato determinado y contar con todos sus antecedentes constitutivos). La ley prevé que la oferta debe ser completa, lo que supone al menos la fijación de los elementos esenciales del contrato (p. ej., determinabilidad de la cosa y del precio); de lo contrario, la manifestación sólo puede ser considerada, a lo sumo, como una “precisión publicitaria” “
Zentnet, Diego H. (2009) Los Contratos de Consumo. En Rusconi, Dante D. (Coordinador) *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 326.

³¹⁶ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel, *Op. Cit.*, p. 140.

³¹⁷ Ver Farina, Juan, *Op. Cit.*, p. 207.

5.11 Las medidas correctivas en los procedimientos en materia de protección al consumidor

Como señala Baca, *“uno de los más importantes cambios en la legislación sobre protección al consumidor se produjo al otorgarle al Indecopi potestades para establecer medidas correctivas, por las cuales se buscaba corregir los efectos negativos sobre el consumidor que se hubieran producido con la infracción”*³¹⁸.

En tal sentido, el actual Código de Protección y Defensa al Consumidor ha regulado de forma detallada las medidas correctivas que el Indecopi puede dictar (a pedido de parte o de oficio) dentro de los procedimientos administrativos a su cargo, en caso de determinar la existencia de una infracción administrativa a los derechos del consumidor.

Existen entonces dos clases de medidas correctivas: las reparadoras y las complementarias³¹⁹. Las primeras, están orientadas a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor, así encontramos en esta categoría: la reparación de productos, el cambio de producto, la devolución de la contraprestación pagada o lo abonado en exceso, entre otros.

Por su parte, las medidas correctivas complementarias buscan revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro, dentro de las cuales podemos ver: la inexigibilidad de cláusulas abusivas, el decomiso y destrucción de mercadería, la publicación de avisos rectificatorios, entre otros.

Siendo así, queda claro que mediante las medidas correctivas, la Autoridad Administrativa puede disponer las acciones necesarias para tratar que las cosas retornen al estado anterior a la afectación causada por la infracción a las normas de protección al consumidor y evitar por supuesto, que dicha afectación persista. No obstante, ello no significa la reparación total de los daños producidos a los derechos e intereses jurídicos

³¹⁸ Baca Oneto, Víctor Sebastián, *Op. Cit.*, p. 75.

³¹⁹ Para tales efectos, se puede revisar lo establecido en los artículos 115° y 116° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

del consumidor, ni implica una satisfacción o alivio integral de su situación, siendo esto materia de una eventual reparación civil (indemnización) fijada y ordenada por el Poder Judicial.

CAPÍTULO 6: JURISPRUDENCIA VINCULADA A LA MATERIA DE ANÁLISIS

En esta parte se evaluará la jurisprudencia más relevante sobre el tema de la presente investigación. Ahora bien, considerando que la Oferta al Público no solo se encuentra regulada dentro del derecho civil, sino también en las normas de protección al consumidor, se hará el presente análisis en dos grandes bloques: (i) la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial y, (ii) aquella proveniente del Tribunal del Indecopi, en su calidad de tribunal administrativo de competencia nacional.

6.1 Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la República

Con relación al tema que nos atañe, el Poder Judicial ha emitido algunas resoluciones en procesos civiles de Obligación de Dar Suma de Dinero y contencioso-administrativos, en los cuales se demandó la nulidad de resoluciones emitidas en su oportunidad por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

Como se podrá observar, la Corte Suprema ha tenido pronunciamientos heterogéneos con relación a los alcances y vinculatoriedad de la Oferta al Público, aplicando tanto las normas de protección al consumidor como el Código Civil.

Siendo así, ha interpretado el entonces artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor (actual artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor), considerando lo ofrecido en los anuncios publicitarios como vinculante, aunque señalando como límite, lo establecido finalmente en el documento contractual suscrito.

6.1.1 Caso CEOGNE San Agustín contra el INDECOPI (Exp. AV N° 455-99)

Este proceso se tramitó por como un proceso abreviado (Impugnación de acto o resolución administrativa), pues cuando se inició este proceso se encontraban aún vigentes los artículos 540° al 545° del Código Procesal Civil.

En dicho expediente, el CEOGNE San Agustín demandó al Indecopi y al señor Víctor Palomino para que se declare la invalidez o ineficacia de la Resolución N° 0269-1999/TDC-INDECOPI, mediante la cual se le impuso una multa ascendente a 5 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Dicha resolución administrativa se fundamentó en el hecho que el señor Palomino contrató con dicha institución educativa, persuadido que al finalizar sus estudios de técnico en computación e informática, el CEOGNE San Agustín (conforme lo señalaba su publicidad) le entregaría un certificado a nombre de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), lo cual no habría sido cumplido.

Al respecto, el CEOGNE San Agustín afirmó que era una institución de prestigio y que ostentaba una importante trayectoria dentro del distrito de San Juan de Miraflores, sin haber recibido quejas por parte de sus alumnos. Agregó que el folleto informativo con el que publicitaba sus servicios educativos, especificaba claramente que la certificación de la UNMSM era solo para algunos cursos libres y no para la carrera técnica, que conduce a la obtención del certificado de técnico en computación e informática.

Siendo así, el Poder Judicial³²⁰ señaló que el CEOGNE San Agustín conocía plenamente que no podía entregar certificados a nombre de la UNMSM por el dictado de las carreras técnicas que ofrecía, y a pesar de ello distribuyó folletos informativos a sus alumnos antes de que se matricularan, dándoles a entender que una de las ventajas que brindaba era entregar un certificado a nombre de la citada universidad. No obstante, esto no era cierto, ya que al finalizar los estudios respectivos, no se otorgó a los alumnos el certificado de técnico en computación e informática a nombre de dicha universidad, infringiéndose los artículos 5°, 15° y 20° de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor.

Si bien la Corte Suprema declaró nula en parte la Resolución N° 0269-1999/TDC-INDECOPI por vulnerar el Principio “*Non Reformatio in Peius*” (Prohibición de la

³²⁰ En este caso, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

reforma en peor), queda claro en dicha resolución el sentido interpretativo que el Poder Judicial le dio al artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor, aplicándola en conjunto con los artículos 5° y 15° de la Ley de Protección al Consumidor, los cuáles están referidos al derecho de información del consumidor.

La Corte Suprema en esta sentencia, señaló que el artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor establecía que el contenido de las ofertas, promociones y publicidad de los productos o servicios es plenamente exigible al proveedor, aunque dichas aseveraciones no figuren en el contrato celebrado o en el respectivo comprobante.

Por ende, se estableció que esta norma constituía un mandato legal, por el cual se incorporaban a los contratos celebrados, las afirmaciones publicitarias realizadas por el proveedor (en este caso, CEOGNE San Agustín), pero no se desarrolló si dicha Oferta al Público calificaba como oferta contractual ni la relación de tal norma con lo establecido en el artículo 1388° del Código Civil.

6.1.2 Caso Guadalupe Goñi contra BBVA Banco Continental (Casación N° 2180-2014 JUNÍN)³²¹

En el presente caso, la señora Goñi demandó al BBVA Banco Continental, con el objeto de que dicha entidad financiera le pague la cobertura derivada del seguro de desempleo contratado a su favor.

Si bien en primera instancia, se declaró fundada la demanda de la señora Goñi y se estableció que BBVA Banco Continental debía abonar a su favor la suma de US\$ 6 000,00; posteriormente la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín

³²¹ Se han identificado otros procesos en los cuales se demandó la Obligación de Dar Suma de Dinero por concepto de Seguro de Desempleo, seguidos contra el BBVA Banco Continental y en los cuales también estuvo en debate la oponibilidad del Manual de Procedimientos Operativos para el Otorgamiento de Subsidio de Desempleo. En tales casos, los pronunciamientos de la Corte Suprema se limitaron a declarar la improcedencia del recurso de casación o declarar fundado dicho recurso por infracciones normativas de derecho procesal (error *in procedendo*).

En tal sentido, se pueden observar las Casaciones 491-2004 EL SANTA, 2309-2004 EL SANTA, 710-2005 JUNIN y 2678-2012 JUNIN.

revocó dicho extremo de la sentencia, y reformándola, fijó la suma a pagar en US\$ 674,42.

Siendo así, entre los argumentos de su recurso de casación, la señora Goñi señaló que el Manual de Procedimiento Operativos no estuvo vigente al momento de la contratación con el Banco. En tal sentido, este documento no le resultaba oponible, siendo por ende aplicables *“las disposiciones de la oferta pública que constituyen cláusulas generales de contratación que deben ser respetadas por la demandada. Más aun cuando la oferta pública se regulaba por la Ley de Protección al Consumidor”*, lo cual sería exigible aun cuando no figure en el contrato.

Consecuentemente, la demandante alegó que se debía tener en cuenta que la publicidad respectiva (al momento de la contratación del referido seguro) señalaba que la oferta efectuada por el Banco consistía en el otorgamiento gratuito de un seguro de desempleo hasta de US\$ 1 000,00 mensuales por seis meses, sin indicar plazo alguno para solicitar la cobertura³²².

Al respecto, la Corte Suprema³²³ señaló que se encontraba establecido en el caso en cuestión, que la entidad financiera estaba en la obligación de *“otorgar la oferta al consumidor en las condiciones señaladas”*, no surtiendo efectos el antes indicado Manual de Procedimientos Operativos, al haber sido emitido de forma posterior, unilateralmente y sin contar con el consentimiento de la demandante, lo cual contravendría lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor (entonces vigente).

No obstante, al momento que la Sala Superior estableció el monto a pagar, consideró la suma depositada en la cuenta de CTS en el Banco demandado (pues el seguro brindado era un beneficio complementario a dicha cuenta) y la propuesta de la entidad financiera

³²² Al respecto, la propuesta publicitaria señalaba lo siguiente *“Si luego de tres años de mantener sus aportaciones, perdiera involuntariamente su trabajo, usted contará con un Subsidio de Desempleo hasta de mil dólares mensuales (US\$ 1,000.00) mensuales, durante seis meses”*.

³²³ En este caso, la Sala Civil Transitoria.

en cuestión de pagar mensualmente el 10% de dicho monto depositado. En tal sentido, fijó el total equivalente por los seis meses de dicho beneficio en US\$ 674,42.

La Corte Suprema señaló que ello no significó que se aplicara el Manual de Procedimientos Operativos, sino que se tomaría como referencia lo señalado por el demandado, puesto que lo ofrecido era un pago de hasta US\$ 1 000,00 mensuales (y no el pago de US \$ 1 000,00), no hallando incongruencia en el fallo de segunda instancia.

Asimismo, indicó que la presunta inaplicación de las disposiciones de la oferta pública no fue materia de debate en el proceso, por lo que se estaría variando la cuestión fáctica ya establecida precedentemente.

No obstante ello, la Corte Suprema finaliza señalado lo siguiente “(...) *sin embargo, debe hacerse una aclaración, a fin de que la recurrente no entre en confusión, debiendo tener en cuenta que en la oferta al público, denunciada por la recurrente, sólo existe una invitación a un público en general, no siendo vinculatoria para las partes; sin embargo, la declaración unilateral, el promitente se compromete por su sola declaración de voluntad a satisfacer una determinada prestación, situación que ocurre en el caso de autos*”.

Esto último resulta importante, pues al parecer, la Corte Suprema buscó hacer un distinguo entre la propuesta publicitaria alegada por la demandante (que establecía un beneficio por determinar “hasta US\$ 1 000,00 mensuales”), frente a lo ofrecido por el Banco dentro del proceso (“declaración unilateral vinculante”).

En tal sentido, considero que dicha afirmación debe entenderse en el contexto del caso en concreto (y de otros similares sustentados en los mismos elementos), y no como una regla general que busque circunscribir a aquellas Ofertas al Público que sí contengan de forma claramente delimitada todos los elementos del contrato a celebrar, como una invitación a ofrecer. Caso contrario, no sería congruente que los órganos jurisdiccionales respectivos hubiesen dado valor a las demás condiciones de dicho seguro (plazo,

vigencia, período del beneficio, entre otros), ofrecidas a la demandante mediante la publicidad presentada.

6.1.3 Caso Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros contra Indecopi y Elba Catalina Ramos López (Casación N° 4255-2009 LIMA)

Esta resolución se emitió en mérito de un proceso contencioso administrativo, mediante el cual Pacífico Peruano Suiza demandó la nulidad de la Resolución N° 0603-2005/TDC-INDECOPI, a través de la cual el Tribunal del Indecopi la sancionó con 0.5 UIT por haber infringido el artículo 8° de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor, al no respetar las condiciones originales en que ofertó en el mercado el producto “*Medic Vida*”, pues (a consideración de la entidad administrativa) habría pretendido “*modificar unilateralmente las condiciones del seguro contratado e incrementar injustificadamente las primas correspondientes a todos los miembros del grupo familiar que encabezaba la denunciante*”.

Uno de los puntos controvertidos en este caso³²⁴, radicaba en determinar si dichas modificaciones (variación de condiciones y prima a pagar) podían ser consideradas como unilaterales e indebidas al contravenir lo ofrecido en su momento a la consumidora mediante medios publicitarios, o si la suscripción de las posteriores renovaciones por parte de la señora Ramos determinaba que tales modificaciones fueran válidas y oponibles a la consumidora.

En su oportunidad, el Tribunal del Indecopi señaló que en el material publicitario por el cual se difundió dicho seguro “Medic vida” daba a entender que se trataba de un seguro único que regía desde su contratación hasta la muerte del asegurado, sin que exista advertencia alguna en el anuncio respectivo acerca de una posible variación de condiciones a futuro. Por ende, en mérito del entonces vigente artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor, y la ambigüedad de lo estipulado en la póliza de seguro,

³²⁴ También fueron objeto de controversias otros aspectos, tales como la legitimidad para obrar de las hijas de la señora Ramos (al tener estas últimas pólizas distintas) y la pertinencia de ordenar el inicio de una investigación de oficio contra Pacífico Peruano Suiza.

dicho órgano administrativo consideró que la conducta de la aseguradora contravenía lo establecido en las normas de protección al consumidor.

Al respecto, y considerando los pronunciamientos emitidos por las instancias previas, la Corte Suprema³²⁵ señaló en casación que “(...) *se entiende en el presente caso, que, un consumidor promedio lee el contrato de seguro que firmará, y comprende que su relación con la empresa aseguradora se regulará en base a un contrato y no en base a la publicidad*”, por lo cual inclusive la misma consumidora habría venido renovando sucesivamente su póliza.

En tal sentido, se indicó que la entidad administrativa habría evaluado el incumplimiento del deber de idoneidad tomando únicamente como elemento de análisis la publicidad difundida, sin tener en cuenta el contenido del contrato de seguro, pese a que éste último resultaba de central relevancia. Finalmente, interpretando el artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor, señala que “(...) *resulta atendible privilegiar el deber de idoneidad tomando como referencia tanto la publicidad como el contrato celebrado entre el proveedor y el usuario (...)*”.

Se aprecia entonces, en esta última sentencia, una visión que si bien trata de matizarse con una visión integral entre la publicidad y el contrato, finalmente se decanta por este último en el caso en concreto.

6.2 Jurisprudencia emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi

En el marco de sus facultades, el Indecopi (en su calidad de autoridad en materia de protección al consumidor) es competente para fiscalizar, aplicar y eventualmente sancionar, las contravenciones a las normas de protección al consumidor³²⁶. Por ende,

³²⁵ En este caso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente.

³²⁶ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
Artículo 105.- Autoridad competente

los pronunciamientos emitidos por los órganos resolutivos de dicha entidad, están orientados a la interpretación y aplicación de las normas de protección al consumidor

De la revisión de su jurisprudencia, vemos que en líneas generales, a partir de la aplicación de las normas de protección al consumidor, se ha reconocido el carácter vinculante de la Oferta al Público, llegando a indicar incluso que es una excepción a la regla establecida en el artículo 1388° del Código Civil. Asimismo, se ha establecido (en concordancia con las normas de la materia) la integración de dichas propuestas al contrato de consumo, interpretando para ello el mensaje transmitido al consumidor y la expectativa que dicha Oferta al Público pudo haber generado.

Sin perjuicio de ello, también se ha indicado la relativización de su vinculatoriedad, con relación a lo finalmente suscrito por las partes al momento de la celebración del contrato, en una línea similar a la vista en la Casación 4255-2009 LIMA.

Por último, es importante tener en cuenta que las facultades del Indecopi en materia resolutive, están delimitadas a la evaluación de aquellas conductas que constituyan infracciones a las normas de protección al consumidor, imponiendo las sanciones pertinentes y ordenando (de ser el caso) medidas correctivas, así como el pago de costas y costos. Por ende, en muchas oportunidades, el efecto más relevante de dichos pronunciamientos es el de prevención general, pues el otorgamiento de indemnizaciones es competencia exclusiva del Poder Judicial³²⁷.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo núm. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.
(...)

³²⁷ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 100.- Responsabilidad civil

El proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor.

6.2.1 Caso Mónica Razzeto contra Saga Falabella S.A. (Resolución N° 0730-2002/TDC-INDECOPI)

En esta oportunidad, se observó que Saga Falabella publicitó mediante un catálogo titulado “Era Digital” anexo al diario “El Comercio”, una serie de ofertas que estarían vigentes desde dicha fecha hasta el 2 de septiembre de 2001. Asimismo se adjuntó un folleto denominado “oportunidad única” por el medio del cual se promocionaban productos destinados exclusivamente a clientes “CMR”, incluyendo dentro de estas ofertas unos audífonos inalámbricos al precio de US \$ 39,00, contando según dicho folleto con un *stock* de 150 unidades disponibles para la venta. Como se observa, nos encontramos ante una Oferta al Público que contenía los elementos esenciales del contrato que se buscaba celebrar (bien y precio).

El mismo día en el que fue difundido dicho anuncio, la señora Razzeto acudió a uno de los locales de Saga Falabella con la finalidad de adquirir los mencionados audífonos; sin embargo los encargados de la tienda le informaron que aquel producto no se encontraba disponible para su venta, pues no estaban aún en *stock*, llegando a la tienda probablemente el 21 de agosto.

En este caso, Saga Falabella alegó que no existió relación de consumo entre la empresa y la señora Razzeto, toda vez que la denunciante no adquirió ningún producto ofertado en el catálogo denominado “Era Digital”.

No obstante, Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI (primera instancia en dicho procedimiento) declaró fundada la denuncia de la señora Razzeto, sancionando a Saga Falabella con una multa de 1 UIT por vulnerar lo señalado en los artículos 20° y 22° de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor. Ante esto, Saga Falabella apeló señalando, entre otros argumentos, que dichas normas eran aplicables únicamente en aquellos casos en los que se ha concretado una transacción comercial entre un proveedor y un consumidor.

En su decisión final, el Tribunal del Indecopi señaló lo siguiente: “(...) *el supuesto de hecho del artículo 20° se refiere a las ofertas hechas al público, tratándose de una excepción al principio general contenido en el artículo 1388° del Código Civil, el cual establece que las ofertas al público valen como invitación a ofrecer. En tal sentido, la Ley de Protección al Consumidor establece, en este aspecto, que la relación de consumo va más allá de la transacción comercial o el contrato formal de compra venta, toda vez que el consumidor al manifestar su aceptación ante la oferta pública realizada vincula al proveedor generándole obligaciones exigibles por éste*”.

A mayor abundamiento, el Tribunal del Indecopi concluyó que “*de una lectura conjunta de los artículos 20° y 22° de la Ley de Protección al Consumidor, se colige que la oferta pública realizada vincula al proveedor generándole obligaciones exigibles por el consumidor durante el periodo de duración de la misma y en tanto no se hayan agotado las unidades ofertadas consignadas en su publicidad*”.

De esta manera, se puede considerar que la señora Razzeto “*no pudo concretar la ejecución de la transacción comercial respectiva, celebrada con la coexistencia de oferta y aceptación, toda vez que el producto ofertado no se encontraba en poder de la denunciada*”. Siendo así, se confirmó la Resolución emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, quedando firme la multa impuesta por vulnerar los artículos 20° y 22° de la Ley de Protección al Consumidor.

Como se aprecia, de lo señalado por el Indecopi (en aplicación de las normas de protección al consumidor), la Oferta al Público es una verdadera oferta vinculante y por ende, el contrato de consumo nacería con la aceptación de la misma por parte del consumidor. Sin embargo, a pesar de la sanción impuesta, en este caso no se dictó medida correctiva alguna destinada a exigir a la empresa proveedora que cumpla con entregar a la señora Razzeto los audífonos ofrecidos.

6.2.2 Caso Doris Toledo contra Cari Saldaña (Resolución N° 0580-2007/TDC-INDECOPI)

En este caso, la señora Toledo denunció haber recibido un afiche publicitario a través del cual la señora Saldaña ofertaba lo siguiente: “*Anteojos Completo, Caballero o Dama, S/. 40.00, Montura de Metal, Resina a medida, Paño y estuche*”, por lo que se acercó al establecimiento comercial de la señora Saldaña con el fin de adquirir los anteojos ofertados.

Una vez en el establecimiento, la señora Toledo pagó S/. 1,00 por el despistaje de vista y S/. 20,00 por el examen médico de medición de vista. Empero, al momento de cancelar los anteojos promocionados con un billete de S/. 50,00 se le informó que el precio total por dicho producto era S/. 140,00, para luego proceder a retener el dinero entregado como “pago adelantado” hasta que la consumidora abonara la diferencia.

Ante esto, la señora Saldaña alegó que la montura elegida por la señora Toledo y las lunas que correspondían a la medida requerida no se encontraban comprendidas dentro de la oferta publicitada, lo cual habría sido aceptado por la denunciante al haber efectuado el pago adelantado de S/. 50,00.

Sin embargo, en la Oferta al Público realizada por la denunciada mediante afiches publicitarios, no se especificaban las restricciones que luego pretendió hacer valer al momento que la señora Toledo acudió a su establecimiento. En tal sentido, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi de La Libertad declaró fundada la denuncia de la señora Toledo, sancionando a la señora Saldaña con una multa de 0,5 UIT por vulnerar lo señalado en los artículos 5° b), 8° y 15° de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor (derecho de información y deber de idoneidad).

La señora Saldaña apeló señalando, entre otros argumentos, que la boleta de venta correspondiente al servicio para la elaboración de los anteojos materia de denuncia fue

emitida por otra persona, motivo por el cual no era responsable por los hechos denunciados.

Tomando en cuenta lo esgrimido en este recurso de apelación, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi señaló que *“considerando que el artículo 20° del Decreto Legislativo señala la obligación que tienen los proveedores de bienes o servicios de cumplir con las condiciones ofrecidas y que el pago de las prestaciones se efectuó entre el personal de la denunciada y la denunciante, ha quedado acreditado que la relación de consumo se dio entre dichas partes”*.

En consecuencia, al haberse determinado que la señora Saldaña no cumplió con la promoción ofertada a la señora Toledo a través de sus afiches publicitarios, el Tribunal del Indecopi confirmó la sanción impuesta por vulnerar los artículos 5° b), 8° y 15° de la Ley de Protección al Consumidor.

Asimismo, se dispuso como medida correctiva que se devuelva a la señora Toledo la suma de S/. 20,00 correspondiente al servicio de medición de vista (pues la denunciada no cumplió con su obligación de entregarle los resultados a la señora Toledo) y también la suma de S/. 50,00 correspondiente al pago adelantado efectuado por los anteojos materia de denuncia, dejando sin efecto el cobro de los S/. 90,00 correspondientes al saldo deudor. Finalmente, también condenó a la señora Saldaña al pago de costas y costos del procedimiento.

6.2.3 Caso María Milagros Augusto Shaw contra Tiendas por Departamento Ripley S.A. (Resolución N° 0835-2012/SC2-INDECOPI)

En este caso, la señora Augusto señaló Tiendas Ripley difundió un anuncio publicitario, en el cual se promocionaba la venta del *“balón oficial del mundial FIFA 2010” (Jabulani)* por un precio de S/. 59,90. No obstante, cuando concurrió al establecimiento en cuestión, observó que por ese precio únicamente podía comprar un balón Adidas de

color negro, en tanto que el precio del balón oficial (de color blanco con un diseño de tres figuras geométricas estilizadas) era de S/. 79,90.

En su defensa, Tiendas Ripley señaló que Adidas fabricaba tres versiones de la pelota *Jabulani*, siendo que en el anuncio respectivo, aparecía el código perteneciente al producto ofrecido a S/. 59,90.

La Comisión de Protección al Consumidor, en primera instancia, declaró fundada la mencionada denuncia por infringir el entonces vigente artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor, al considerar que dicha empresa publicitó en los anuncios antes indicados, información equivocada respecto al precio y color de los balones oficiales del mundial.

Al respecto, el Tribunal del Indecopi señaló que en mérito a lo señalado en el artículo 20° de la Ley de Protección al Consumidor, *“los consumidores tienen derecho a que el proveedor cumpla con las condiciones publicitarias, configurando una infracción la negativa a cumplirlas”*.

Sin embargo, en el caso en cuestión, cuando la señora Augusto se apersonó al establecimiento de la denunciada, pudo advertir que la pelota ofrecida no ostentaba las características que tendría el “balón oficial” (diseño con tres figuras geométricas estilizadas sobre un fondo blanco) que había sido presentado a nivel mundial. A mayor abundamiento, tomó conocimiento en dicho momento, que el precio de un balón con estas características en realidad ascendía a S/. 79,00.

Pese a que la señora Augusto observó que las condiciones de venta del producto diferirían de las publicitadas, tomó una decisión de compra sobre la base de tales condiciones advertidas, configurándose de esta manera, una relación contractual en función a esta nueva información.

En tal sentido, se declaró la nulidad de lo actuado, remitiéndose los actuados a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, para que en abstracto, analice la veracidad o no de dicho anuncio publicitario³²⁸.

Por ende, lo antes dicho implica que, a criterio del Tribunal del Indecopi, si bien los consumidores pueden exigir el cumplimiento de lo publicitado (siendo que la negativa del proveedor constituye una infracción a las normas de protección al consumidor), ello variará en caso dicho consumidor opte por entablar una relación de consumo en términos distintos.

6.2.4 Caso Julio Joel Moscol Morales contra Universidad Nacional de Trujillo, Instituto Nacional de Capacitación Profesional y Magalie Amparo Vela Tuesta (Resolución N° 1029-2010/SC2-INDECOPI)

El señor Moscol manifestó (entre otras presuntas infracciones) que en el mes de noviembre de 2008, se publicitó mediante un volante un Diplomado que llevaría a cabo la Universidad Nacional de Trujillo (UNT), en el cual se consignaron los ponentes y la duración del diplomado (250 horas académicas). Sin embargo, no se presentaron los ponentes anunciados, y las clases solo tuvieron una duración de 40 horas.

El consumidor también indicó que en los certificados entregados no figuraba ni el sello ni la firma de alguna autoridad de la UNT. En vista del reclamo formulado, se le habría indicado al denunciante que la organizadora del evento académico en cuestión, era el Instituto Nacional de Capacitación Profesional (INACAP).

Al respecto, a lo largo del procedimiento los denunciados señalaron que lo anunciado era que el evento tendría 250 horas académicas y no cronológicas, siendo que la

³²⁸ Cabe señalar que posteriormente, mediante Resolución N° 081-2013/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal determinó que Tiendas Ripley incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Ello, toda vez que habría difundido un encarte publicitario en el que se señalaba que el balón oficial de la copa mundial de fútbol “Sudáfrica 2010” tenía un precio de S/.59.90, exhibiendo la fotografía de un balón de color blanco. No obstante, el precio publicitado correspondía en realidad a un balón alternativo de color negro, mientras que el de color blanco tenía un precio de S/. 79,00.

inasistencia de los ponentes se debió a contratiempos de ellos. Asimismo, en la publicidad difundida se habría indicado que los certificados serían expedidos por cada clase presencial, sin ofrecerse que lo firmaría el rector o alguna autoridad académica de la UNT.

El Tribunal del Indecopi (en segunda instancia administrativa) estableció que “(...) *la información divulgada a través de la publicidad resulta relevante para la formación de las expectativas tutelables de los consumidores*”, indicando luego que dichos ofrecimientos publicitarios operan “*a modo de garantía explícita general*”, siendo exigibles por los consumidores.

Con relación a las horas académicas ofrecidas, si bien los denunciados alegaron que debía tomarse en cuenta las horas de estudio “auto administradas”, de la revisión del volante proporcionado al denunciante, se advierte que en el mismo no hace precisión o limitación alguna, por lo que resulta válido que el consumidor entendiera que el proveedor se obligaba a impartir tales horas de estudio.

Por otra parte, respecto a los ponentes participantes, cabe señalar que se trata de un ofrecimiento que al ser efectuado mediante la publicidad del evento “*integra las condiciones de la prestación del servicio*”. Por ende, su incumplimiento califica también como una infracción a las normas de protección al consumidor.

Finalmente, en lo relativo a la certificación por parte de la UNT, dicha universidad señaló que solo participó como auspiciador del evento. Si bien de la revisión de la pieza publicitaria por la cual se difundió este evento, no se observa alguna afirmación que ofrezca de forma directa que la certificación sería suscrita por la UNT, sí se alude claramente a dicha universidad, consignando en el encabezado: (i) el escudo y nombre de la UNT, y (ii) un número de Resolución de Decanato; sin ninguna precisión adicional con relación a su participación, por lo que el consumidor podría inferir que esta universidad organizaba el diplomado promocionado.

En base ello, confirmó la resolución emitida por la Comisión de Protección al Consumidor de la Oficina Regional del Indecopi de Piura, sancionando a los denunciados por infracción a las normas de protección al consumidor y ordenando como medida correctiva, la devolución de lo pagado por el señor Moscol.

De lo señalado, se observa que en este caso, el Tribunal del Indecopi no solo ratificó el carácter vinculante de la publicidad y su incorporación a la regulación de la relación de consumo entablada, sino que incluso hizo una interpretación integral de la misma, para desprender el mensaje que transmite y de esta forma, el contenido del ofrecimiento.

6.2.5 Caso Juan Emilio Armaza Contreras contra Derco Peru S.A. (Resolución N° 2379-2013/SPC-INDECOPI)

El señor Armaza denunció que el 14 de julio de 2012, Derco publicó un aviso publicitario en el cual ofrecía un automóvil Mazda 3 Sport por la suma de US\$ 13 490,00. Sin embargo, cuando acudió al establecimiento del proveedor, se le indicó que el precio anunciado no sería válido. Asimismo, el denunciante alegó que si bien Derco posteriormente publicó una Fe de Erratas, ello se efectuó luego de que el consumidor manifestara su intención de compra.

Por su parte, Derco señaló que en el anuncio materia de denuncia se indicó que el auto Mazda 3 Sport se estaba ofreciendo con un bono de descuento de hasta US\$ 2 000,00 ó S/. 5 400,00. Considerando que el precio normal de dicho vehículo ascendía a una suma desde US\$ 22 490,00 ó S/. 60 723,00, su precio correcto luego del descuento promocionado ascendía a US\$ 20 490,00 ó S/. 55 323,00. No obstante, por un error mecanográfico se indicó que el precio (después de aplicado el bono de descuento) sería desde US\$ 13 490,00 ó S/. 36 423,00.

Al respecto, si bien en primera instancia la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada dicha denuncia, el Tribunal del Indecopi decidió revocar tal pronunciamiento y declarar infundada la denuncia. Esto es así, pues de la revisión del

anuncio, se verificó que en efecto existía una inconsistencia en lo señalado en dicha pieza publicitaria, puesto que el precio final (US\$ 13 490,00 ó S/. 36 423,00) no se condecía con la resta entre precio normal y el bono de descuento (US\$ 22 490,00 ó S/. 60 723,00 – US\$ 2 000,00 ó S/. 5 400,00), lo cual era fácilmente advertible por cualquier consumidor que accediera a tal publicidad.

En tal sentido, indicó que *“(...) de acuerdo a las particularidades del anuncio materia de denuncia y de un análisis integral del mismo, un consumidor entendería que al existir una incongruencia en los datos señalados del modelo “Mazda 3 Sport”, ello evidenciaría un error mecanográfico respecto al precio (final) de este modelo”*.

Por ende, resultó claro para dicho tribunal administrativo, que sin desconocer el efecto vinculante de lo ofertado al público, en este caso en particular las expectativas respecto al precio, alegadas por el denunciante, se diluyen al ser evidente la existencia de un error. En este línea, termina estableciendo que *“distinto hubiese sido el caso si es que en un anuncio se consigna un precio único de un automóvil ofertado y al consumidor se le niega la venta del bien a dicho precio, en dicho escenario se estaría afectando las expectativas del consumidor”*.

CAPÍTULO 7: LEGISLACIÓN COMPARADA VINCULADA A LA MATERIA DE ANÁLISIS

En esta parte del presente trabajo, se consignará la legislación comparada vinculada a la Oferta al Público, tanto desde el plano del derecho civil, como desde sus propias normas de protección al consumidor.

Teniendo en cuenta las similitudes socio-jurídicas que tiene el Perú con diversos países de la región, así como nuestra tradición jurídica y las influencias europeo-continetales, se ha tomado como referencia cinco países latinoamericanos: Argentina, Colombia, México, Chile y Brasil; para luego exponer lo referente a España, Italia y Francia.

7.1 Legislación Argentina:

El Código Civil argentino databa de 1869 y tuvo como principal artífice al jurista Dalmacio Vélez Sársfield. Dicho cuerpo legal, estuvo vigente hasta el año 2015, aunque con una serie de modificaciones, siendo tal vez la más importante la reforma que sufrió producto de la Ley N° 17.711 del 22 de abril de 1968.

El artículo 1148° del Código Civil argentino señalaba “*Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos*”. De esta forma, la mencionada norma concebía a la oferta contractual como una declaración recepticia, descartando la posibilidad de considerar a la Oferta al Público como una oferta contractual, por lo cual conforme nos señalan Alterini y López Cabaña “*el artículo 868° del Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino del Poder Ejecutivo considera a la oferta al público (en su calidad de oferta ad incertam personam) como una invitación a contratar*”³²⁹.

³²⁹ Alterini, Atilio Anibal y López Cabaña, Roberto, *Op. Cit.*, p. 93.

Esta opción legislativa se debió, según lo indica Lafaille, a “*una confusión en la que habría incurrido el jurista Vélez Sarsfield. Aquel hombre de leyes habría optado por no otorgarle a la oferta al público el valor de una oferta contractual, considerando que contaba con el apoyo de Savigny, lo cual no sería correcto, conforme se extrae de las notas del propio Vélez Sarsfield*”³³⁰.

En esta misma línea, el artículo 454° del entonces vigente Código de Comercio argentino (elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo), al referirse a la compraventa mercantil, señalaba que “*las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho*”.

No obstante, el año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial argentino³³¹, el cual derogó los dos códigos anteriores, dotando de un solo cuerpo normativo a las relaciones civiles y comerciales, de manera orgánica y uniforme.

El actualmente vigente Código Civil y Comercial ha decidido mantener, dentro de su régimen de contratos en general, la concepción de la oferta como una manifestación dirigida a persona determinada o determinable (artículo 972°). Asimismo, en el artículo 973° se ha abordado de forma expresa la Oferta al Público, en los siguientes términos: “*La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos*”.

Cabe precisar que en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se señaló que “*La oferta es una manifestación unilateral de voluntad, lo que es más que la mera declaración, comprendiendo aquellos casos en que es expresa o tácita, recepticia o no, dirigida a persona determinada o indeterminada y se describen*

³³⁰ Lafaille, Héctor, *Op. Cit.*, pp. 50 - 51.

³³¹ Dicha norma fue producto del trabajo de la comisión de juristas designada por Decreto 191/2011 y presidida por Ricardo Luis Lorenzetti. Asimismo, este nuevo código fue publicado el 8 de octubre de 2014.

sus requisitos”³³². No obstante, como ya se ha indicado, en el texto final de dicha norma, se estableció que la Oferta al Público, no recepticia por naturaleza, sería considerada (por regla general) como una invitación a ofrecer.

En dicha norma también se ha incluido un título relativo a los Contratos de Consumo; sin embargo, no se establece alguna regla especial distinta a la antes indicada, por lo que se mantiene la concepción de la Oferta al Público como una invitación a ofrecer. Con relación a la publicidad, el artículo 1103° de dicho Código sí ha establecido su integración al contrato de consumo que se celebre y en tal contexto, su obligatoriedad “al oferente”. Esto último resulta interesante, tomando en cuenta que bajo la regla general, quien difunde la publicidad estaría efectuando una invitación a ofrecer y no una “oferta” en estricto.

Un punto peculiar a anotar, es el referido al Contrato de Transporte, pues el artículo 1283° del Código Civil y Comercio establece que en estos servicios, el transportista está obligado a aceptar los pedidos compatibles con los medios ordinarios que dispone, excepto que exista un motivo serio de rechazo.

Por otro lado, encontramos la Ley de Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240), promulgada el 13 de octubre de 1993, cuyo artículo 7° subsiste luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, señalando lo siguiente “*La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta (...)*”.

Asimismo, la primera parte del artículo 8° de la norma antes anotada señala que “*Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncio, prospectos, circulares u otros*

³³² Se puede consultar dicho documento en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

*medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (...)*³³³.

Se puede concluir entonces, que en el caso argentino, pese a lo indicado en el Código Civil y Comercial, las normas especiales en materia de protección al consumidor establecen la obligatoriedad de la Oferta al Público dirigida a los consumidores, aun cuando no tenga carácter recepticio. Esto último en contraposición con la calificación de invitación a ofrecer que le da el Código antes citado.

7.2 Legislación Colombiana:

La legislación colombiana ha sido de gran importancia e influencia dentro del espectro del derecho latinoamericano, regulando la Oferta al Público tanto en su Código Civil como en su Código de Comercio.

El Código Civil de Colombia, que data de 1887 con múltiples modificaciones, estuvo fuertemente influido por la obra del jurista chileno Andrés Bello. Si bien en el Título I “Definiciones” y II “De los actos y declaraciones de voluntad” del Libro Cuarto “De las Obligaciones en General y de los Contratos”, contiene en diversas normas de carácter general referentes a los contratos, se debe observar lo señalado por Ospina en referencia al derecho colombiano “*nuestro Código Civil (...) guarda silencio acerca de la formación del consentimiento en las convenciones y los contratos*”³³⁴. Por consiguiente, el artículo 1494° establece que los contratos nacen por el concurso real de voluntades, pero no desarrolla cómo se forman tales declaraciones contractuales.

En este sentido, se tiene que recurrir al Código de Comercio de Colombia del 16 de junio de 1971 para poder analizar su posición respecto a la Oferta al Público; siendo que

³³³ Cabe señalar que el Código Civil y Comercial modificó dicho artículo 8° de la Ley de Defensa del Consumidor.

³³⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 145.

al respecto, Ospina señala que el Código de Comercio de Colombia incurre en un casuismo en este tema, contemplando diferentes especies de Oferta al Público³³⁵.

En primer lugar corresponde observar lo prescrito en el artículo 847° del Código de Comercio al señalar que *“Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna”*. De la lectura de dicho texto, se extrae que está referido a la llamada “propaganda escrita”, la cual (por regla general) no sería obligatoria para quien la realiza y por ende no puede ser considerada como una oferta contractual.

Por otra parte, los artículos 848° y 849° del Código de Comercio regulan la Oferta al Público realizada a través de la exhibición de mercancías. De esta manera el artículo 848° señala que *“las ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio”*. Esto se complementa con lo indicado en el artículo 849°, el cual establece que el agotamiento de las mercaderías públicamente ofrecidas es causal para la terminación de la oferta por justa causa.

Como se aprecia, es bastante singular la legislación colombiana en este aspecto, pues mientras le da valor de oferta a aquellas Ofertas al Público realizadas a través de la exhibición de mercaderías con indicación de su precio, el resto de Ofertas al Público (por propaganda escrita, la cual extensivamente podría ser aplicable a aquellas realizadas oralmente) no tienen dicho carácter obligatorio.

³³⁵ *Ibidem*, p. 157.

En este sentido, se observa una regulación pragmática y casuística pero no sistemática, pues para dos situaciones similares, un mismo cuerpo legal ha establecido dos regímenes distintos, siendo en ambos casos Ofertas al Público, realizadas a un conjunto de personas indeterminadas y conteniendo los mismos elementos.

Por su parte, en el año 2011 se expidió el nuevo Estatuto del Consumidor, aprobado mediante Ley 1480 y que reemplaza al anterior de 1982. Al respecto, el artículo 29° de dicha norma señala expresamente que *“Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”*.

Asimismo, el artículo 33° del Estatuto del Consumidor señala que los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en dicha ley³³⁶; no obstante en este punto se debe precisar que el artículo 5° numeral 10 de esta misma norma define a las *“promociones y ofertas”* como aquellos ofrecimientos temporales en condiciones especiales favorables, por lo que sus alcances, si bien relevantes, no abarcan el concepto de oferta contractual en su integridad.

Siendo así, la legislación colombiana contiene un espectro fragmentado con relación a la regulación de la Oferta al Público, su vinculatoriedad y efectos, considerando no solamente los diversos artículos donde podemos hallar aspectos relacionados a dicho tema, sino además la respuesta jurídica que su legislación ha tenido, en función a cada supuesto en particular.

³³⁶ Este artículo también indica que las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

De no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que la misma rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar el *stock*, hará que la promoción se entienda efectiva y exigible hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya difundido originalmente la promoción en cuestión.

7.3 Legislación Mexicana:

La legislación mexicana es importante pues si bien su legislación civil no ha sido fuente directa de la peruana, sí ha tenido receptividad su normativa sobre protección al consumidor, la cual ha sido bastante desarrollada. En este sentido, la legislación de protección al consumidor de México es una de las más completas de América Latina.

El Código Civil Federal de México³³⁷ señala en su artículo 1860º “*El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento*”. Este artículo, si bien se encuentra inadecuadamente ubicado junto con la promesa unilateral, es bastante claro al darle valor de oferta obligatoria a la Oferta al Público referida a un contrato de compraventa, pues en dicho artículo se habla de objeto y precio.

Con respecto a la normatividad sobre protección al consumidor, Durand nos señala que “*México cuenta con la Ley Federal de Protección al Consumidor, estableciendo todo un sistema para la protección del consumidor, mediante la definición de sus derechos y su reglamentación*”³³⁸.

Esta Ley Federal de Protección al Consumidor de 1992³³⁹, señala en su artículo 7º (modificado el año 2004) que: “*Todo proveedor está obligado a informar y respetar los precios, tarifas, garantías, cantidades, calidades, medidas, intereses, cargos, términos, plazos, fechas, modalidades, reservaciones y demás condiciones conforme a las cuales se hubiera ofrecido, obligado o convenido con el consumidor la entrega del bien o prestación del servicio, y bajo ninguna circunstancia serán negados estos bienes o servicios a persona alguna*”.

³³⁷ Dicho Código fue publicado en 1928, y ha sido objeto de diversas modificaciones a lo largo del tiempo, siendo que las últimas de impacto se dieron en el año 2013.

³³⁸ Durand Carrión, Julio Baltazar, *Op. Cit.*, p. 435.

³³⁹ Esta norma derogó la anterior Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1975.

En este sentido, encontramos que mediante la legislación de protección al consumidor mexicana se consolida la obligatoriedad de la Oferta al Público, haciéndose una taxativa mención a la imposibilidad de los proveedores impidan que los consumidores accedan a los productos o servicios ofrecidos. Esto ha sido reforzado con lo indicado en el artículo 43° de la misma norma, que señala que *“salvo cuando medie mandato judicial o disposición jurídica que exija el cumplimiento de algún requisito, ni el proveedor ni sus dependientes podrán negar al consumidor la venta, adquisición, renta o suministro de bienes o servicios que se tengan en existencia (...) Se presume la existencia de productos o servicios cuando éstos se anuncien como disponibles”*.

Por ende, en el caso mexicano encontramos una norma civil general que otorga un carácter vinculante a la Oferta al Público realizada con fines de celebrar posteriores contratos de compraventa; mientras que en el ámbito de protección al consumidor, esta obligatoriedad se extiende a todo tipo de Oferta al Público realizada por los proveedores.

7.4 Legislación Chilena:

Así como en Argentina el jurista Vélez Sarsfield influyó notablemente en diversas legislaciones de América Latina, Andrés Bello hizo lo propio, como artífice del Código Civil chileno aprobado en el año 1855 y vigente a la fecha con diversas modificaciones. La importancia del llamado “Código de Bello”, es notable en América Latina, influyendo en la elaboración de los Códigos Civiles de Brasil, Argentina, Uruguay, Colombia, Ecuador, entre otros países.

A pesar de la importancia y valor de dicho código, al igual que en el caso colombiano, no contiene normas referentes a la oferta contractual. Es por tanto en el Código de Comercio de 1865 donde corresponde analizar la regulación de la Oferta al Público en el derecho chileno.

El artículo 105° del Código de Comercio señala que *“Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en*

cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace. Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente". Como se puede ver, mediante dicho artículo, se establece con claridad la opción de no conferir a la Oferta al Público el carácter de oferta contractual vinculante.

Sin embargo, bajo una óptica distinta y aunque algo tarde luego de casi siete años de tramitación, fue publicada la Ley N° 19.496 (Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores)³⁴⁰. El artículo 12° de esta ley señala que: *"Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio"*. Asimismo el artículo 13° establece lo siguiente: *"Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas"*.

De esta manera se puede apreciar que en el ámbito de las relaciones de consumo en Chile, la norma claramente señala que lo propuesto por los proveedores será obligatorio, lo cual incluye las Ofertas al Público, máxime si tenemos en cuenta que este es el medio por el cual usualmente los agentes económicos ofrecen sus bienes y servicios en el mercado. Asimismo, el artículo 13° de la norma antes indicada ratifica dicho carácter vinculante.

7.5 Legislación Brasileña:

En el caso del Brasil, si bien en el siglo XIX hubo un anteproyecto de Código Civil a cargo del jurista Augusto Teixeira de Freitas (influyente en la elaboración de los cuerpos civiles de Argentina y Uruguay), es en 1916 que se publica el primer Código Civil de dicho país.

³⁴⁰ López Santa María, Jorge (1998) *Los Contratos, Parte General*. Santiago de Chile, Segunda Edición, p. 194.

A la fecha, se encuentra vigente el Código Civil de 2002, el cual a diferencia del Código Civil anterior, aborda la Oferta al Público en su artículo 429°: *“La oferta al público equivale a la propuesta cuando contiene los requisitos esenciales del contrato, salvo que lo contrario resulte de las circunstancias o de los usos”*. Ello, se debe conjugar con el artículo 427° de dicho Código Civil, que establece que la propuesta de contrato *“obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de la misma de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso”*.

De esta forma, la regulación civil brasileña es clara y sólida al conceder a la Oferta al Público el carácter de oferta contractual vinculante, atemperando ello al establecer que dicha oferta puede ser dejada sin efecto, por la misma vía de su divulgación primigenia, siempre que se haya reservado dicha facultad en la oferta realizada.

Por otra parte, en materia de protección al consumidor, la legislación brasileña ha sido considerada como un referente en la región, en especial teniendo en cuenta la regulación sistematizada contenida en su Código de Defensa del Consumidor de 1990 (Ley 8.078/1990).

El artículo 30° del Código de Defensa del Consumidor establece que toda información o publicidad, suficientemente precisa, con relación a los productos o servicios presentados obliga al proveedor que lo realiza o que se beneficia con ella, e integra el contrato que sea celebrado.

Finalmente, por si lo anterior no fuera suficientemente claro, el artículo 35° de dicha norma señala que en caso el proveedor se niegue a cumplir con la oferta o publicidad difundida, el consumidor podrá, a su elección:

- Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, en los términos de la oferta, presentación o publicidad.
- Aceptar otro producto o servicio equivalente.

- Resolver el contrato, con derecho de restitución del valor actualizado de lo que hubiese abonado, así como lo que corresponda por los daños y perjuicios sufridos.

Por ende, tanto dentro de su legislación civil como en materia de protección al consumidor, queda claro el carácter obligatorio de la Oferta al Público en el derecho brasileño, siendo que con la sola aceptación del destinatario, se deberá entender perfeccionado el contrato y por ende, el incumplimiento por parte de quien realiza dicha propuesta, generará responsabilidad en este último y una acción exigible por el destinatario aceptante.

7.6 Legislación Española:

Indubitadamente España es una de nuestras mayores fuentes normativas, por lo que se procederá a evaluar el enfoque que en el país ibérico se ha dado a la Oferta al Público, tanto desde el derecho civil como en las normas de protección al consumidor.

El Código Civil vigente en España es el de 1889 (a pesar de sus diversas modificaciones). Considerando que la primera parte del artículo 1262º de Código Civil español señala que “*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (...)*”, Lasarte afirma que “*la propuesta contractual que realiza una persona (oferente), al ser aceptada por la otra (aceptante), conlleva a la celebración del contrato o su perfección*”³⁴¹. Sin embargo, dentro del Código Civil no encontramos más normas que delimiten el carácter jurídico de la Oferta al Público.

Por otro lado, tenemos dos importantes normas que sí establecen con bastante claridad la naturaleza y efectos de la Oferta al Público sobre los consumidores. En primer lugar encontramos a la Ley 7/1996 “Ley Ordenación del Comercio Minorista” (LOCM), cuyo artículo 9º señala: “*La oferta pública de venta o la exposición de artículos en*

³⁴¹ Lasarte, Carlos, *Op. Cit.*, p. 73.

establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes (...)”. En complemento a ello, también indica que los comerciantes no podrán establecer restricciones adicionales (cantidad de unidades, variación de precios, entre otros) a los consumidores.

Lo preceptuado en el artículo 9º de la LOCM es una clara protección a los derechos del consumidor en la fase precontractual, tal como lo señala Reyes López³⁴². En dicha norma se consagra la obligatoriedad de la Oferta al Público realizada por los establecimientos comerciales minoristas, restringiendo la posibilidad que el comerciante incumpla injustificadamente el contrato así celebrado.

Por su parte, el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU)³⁴³, en su artículo 61º señala lo siguiente: *“1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato (...)”.*

Como se puede apreciar el texto antes reproducido es casi idéntico al que incluye el artículo 46º del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por lo cual es pertinente tomarlo en cuenta en este estudio. Tal como señalan Botana y Ruiz, dicho

³⁴² Reyes López, José, *Op. Cit.*, p. 153.

³⁴³ Dicha norma fue aprobada mediante Real Decreto 1/2007, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 30 de noviembre de 2007. Cabe señalar que esta disposición condensó lo establecido en la Ley 26/1984 (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidían en los aspectos regulados en ella.

precepto³⁴⁴ “(...) no sólo exige la certeza o veracidad de las características, condiciones, etc. de los productos anunciados en la publicidad o en la oferta contractual, sino que impone el carácter vinculante de las condiciones anunciadas³⁴⁵. Por ende, este artículo conforme a la uniforme doctrina española, no sólo se refiere a la publicidad, sino también a la oferta contractual.

7.7 Legislación Italiana:

En el caso de Italia, su Código Civil de 1942 y las leyes de protección al consumidor han sido tremendamente influyentes en parte de Europa y en América Latina en particular, por lo cual corresponde incluir la legislación italiana dentro de nuestra lista de países seleccionados en este capítulo.

Si bien bajo el Código Civil italiano anterior, se podían haber presentado dudas con relación a la validez de una oferta a persona indeterminada, el cuerpo normativo de 1942 supera tal situación³⁴⁶, al regular expresamente la Oferta al Público, estableciendo su naturaleza y sus efectos.

El artículo 1336° del *Codice* señala que “la oferta al público, si contuviera los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como propuesta, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias o de los usos. La revocación de la oferta, si fuese hecha en la misma forma de la oferta o en una forma equivalente, es eficaz aún respecto de quien no haya tenido noticia de ella”. Es por esto que Messineo señala que “a veces, la oferta (o propuesta) puede ir dirigida “al público” (a la llamada “generalidad de terceros”), o sea, in incertam personam y hecha, como se dice, “por edictos públicos”, para que sea eventualmente aceptada por cualquier persona a quien convenga”³⁴⁷.

³⁴⁴ Cabe indicar que dicha disposición anteriormente se encontraba en el artículo 8° de la LGDCU española.

³⁴⁵ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel, *Op. Cit.*, p. 139.

³⁴⁶ Ferri, Luigi, *Op. Cit.*, p. 53.

³⁴⁷ Messineo, Francesco, *Op. Cit.*, p. 459.

De acuerdo a lo anotado por Vittorio de Martino, al respecto la Corte de Barí ha señalado que *“conforme al artículo 1336°, para que sea considerada como propuesta, la oferta al público debe contener los elementos necesarios del contrato que pretende concluir, de modo que la misma es diferenciable de la “invitación a ofrecer” la cual está orientada a convocar a los interesados y provocar una eventual propuesta”*³⁴⁸. De la misma manera, Scognamiglio³⁴⁹ señala que *“tampoco debe ser confundida la oferta al público con la promesa al público, el cual constituye un negocio unilateral con entidad propia, pero que no origina un contrato”*.

Por su parte, el Código del Consumo italiano de 2005, si bien aborda diversas materias relativas a los contratos de consumo (cláusulas abusivas, contratos a distancia, derecho de “receso”, entre otros), no contiene un capítulo especial respecto a la formación de la voluntad o que regule de forma específica la Oferta al Público. Sin embargo, el artículo 38° de dicha norma señala que, en lo que no se encuentre regulado, será de aplicación supletoria lo establecido en el Código Civil, el cual como ya ha sido señalado, dota de carácter vinculante a la Oferta al Público.

7.8 Legislación Francesa:

Es incontrovertible que dentro del derecho continental europeo, Francia se erige como uno de los países que más ha aportado al derecho civil. La influencia de su legislación ha sido notable en Europa y también en América Latina, sea directamente o a través de la legislación española.

El Código Civil Francés es el conocido “Código Civil de Napoleón” de 1804, y si bien sigue vigente a la fecha, ha sido sometido a un importante paquete de modificaciones el año 2016³⁵⁰, en especial en la parte referida a las obligaciones y contratos en general.

³⁴⁸ De Martino, Vittorio (1969) *Codice Civile*. Roma, Quinta Edición, p. 1457.

³⁴⁹ Scognamiglio, Renato, *Op. Cit.*, p. 99.

³⁵⁰ Para tales efectos, ver la *Ordonnance* N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016.

El artículo 1113° del Código Civil modificado, señala que el contrato está formado por el encuentro de la oferta y la aceptación, por el cual las partes muestran su disposición a comprometerse, reconociendo así la génesis consensual de dicho acto jurídico. Asimismo, el artículo 1114° del mencionado cuerpo normativo establece que la oferta, hecha a persona determinada o indeterminada, comprende los elementos esenciales del contrato y expresa la voluntad de su autor de quedar obligado en caso de mediar aceptación; de lo contrario, constituye una invitación a ofrecer.

Ya dentro de la doctrina francesa³⁵¹ se entendía a la Oferta al Público como una real oferta contractual y por ende vinculante para quien la realiza, quedado celebrado el contrato con la sola aceptación de alguna de las personas que tomaron conocimiento de ella. Así, Josserand indicaba que *“el ofrecimiento (...) no se dirige necesariamente a una persona determinada; puede ser hecho a todo el mundo, al público; puede entonces cualquier persona aceptarlo por su propia cuenta y hacer que nazca instantáneamente un contrato”*³⁵².

Entonces, con el nuevo tenor del artículo 1114° del Código Francés (acorde a las modificaciones del año 2016), resulta claro que la oferta puede estar dirigida válidamente a personas indeterminadas y aun así ser obligatoria, en la medida que recoja los demás elementos de dicha declaración contractual. De ello se desprende, que la legislación civil francesa reconoce a la Oferta al Público como una oferta contractual vinculante y obligatoria para quien la realiza.

Finalmente, cabe resaltar que el Código de Consumo francés (que también fue objeto de modificaciones el año 2016), si bien contiene normas especiales sobre la información precontractual, formación y ejecución de determinados contratos especiales; no aborda con una regla general la Oferta al Público, como sí lo hace el Código Civil.

³⁵¹ Autores clásicos de la talla de Marcel Planiol, Georges Ripert y Louis Josserand, así como autores contemporáneos como Christian Larroumet, concordaban (si bien con algunos matices diferentes) en que la oferta al público es una verdadera oferta y por ende basta con su aceptación para que el contrato quede celebrado.

³⁵² Josserand, Louis, *Op. Cit.*, p. 40.

CAPÍTULO 8: ANÁLISIS CRÍTICO, CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Conforme se ha señalado al inicio del presente trabajo, la Oferta al Público es un tema de capital importancia, considerando su relevancia en la difusión de las propuestas comerciales de los agentes económicos dentro de un mercado masificado y despersonalizado.

Entendiendo a la Oferta al Público como aquella propuesta para celebrar un ulterior contrato y dirigida a un número indeterminado de personas, se observa una situación jurídicamente problemática dentro del ordenamiento peruano: su concepción como una “invitación a ofrecer” por parte del Código Civil.

En contraposición a ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que el contenido de la “oferta, promoción y publicidad” efectuada por los proveedores es exigible por los consumidores. Para finalizar, las normas en materia de represión de la competencia desleal, exigen a los agentes económicos, no incurrir en actos de engaño y transmitir determinada información (a través del Principio de Legalidad publicitaria).

En tal sentido, resulta necesaria una comprensión armónica de dicha figura, con el objeto de determinar en primer lugar, si resulta pertinente mantener su concepción como invitación a ofrecer, o si resulta conveniente que la misma sea calificada de forma general y directa, como una oferta contractual, con los efectos jurídicos que ello atañe.

Por ende, a continuación, se efectuará un análisis crítico, teniendo como base todo lo expuesto a lo largo de la presente investigación, a fin de comprender los alcances de la propuesta que se realizará al concluir este trabajo.

8.1 Concepción de la Oferta al Público

La oferta constituye una manifestación unilateral de voluntad por la cual, una parte le comunica a otra una propuesta para celebrar un contrato claramente determinado. Asimismo, dentro de la doctrina tradicional, se ha señalado que dicha oferta debe ser autosuficiente, seria, llegar a conocimiento del destinatario, tener carácter recepticio, y de ser el caso, guardar las formalidades del contrato propuesto.

Un punto a tener en claro, y que ha sido señalado también en anteriores páginas, es que para hablar de una Oferta al Público, no basta que se trate de una comunicación dirigida a personas indeterminadas donde se promocióne la adquisición o contratación de un producto o servicio. En tal sentido, dicha comunicación deberá contener todos los elementos propios de la oferta clásicamente concebida, salvo por supuesto, el carácter recepticio, pues justamente en ello radica la particularidad de las Ofertas al Público.

Lo anterior determina que, en efecto, no toda propuesta difundida por mecanismos publicitarios califique dentro del tema materia de investigación. Considérese, por ejemplo, la publicidad de un establecimiento que indique *“compre el producto “X”, con garantía de un año”*: si bien ello busca promover la adquisición del producto en cuestión y transmite información objetiva respecto de una de sus características (su garantía), no puede estimarse que este anuncio sea una oferta y que con la aceptación del consumidor quede perfeccionado el contrato, pues falta un elemento esencial del contrato que se pretende celebrar (en este caso, una compraventa): el precio.

Debe señalarse que respecto a la Oferta al Público, la divergencia doctrinaria y legislativa no recae sobre el contenido de dichas comunicaciones y sus requisitos, sino sobre su naturaleza y efectos. Por lo tanto, la Oferta al Público de la cual hablan quienes la consideran como una invitación a ofrecer y aquellos que le dan valor de oferta contractual, es la misma en el aspecto fáctico, diferenciándose en las consecuencias jurídicas que se le asignan.

Asimismo, cuando la propuesta realizada a personas indeterminadas, se encuentre condicionada o sujeta a una evaluación previa, tampoco se podría entender la misma como una Oferta al Público cuya “aceptación” pueda dar nacimiento de manera directa a un contrato. Situaciones de esta naturaleza se suelen ver (aunque no de forma privativa), en los mercados de seguros y financieros, en donde la celebración del contrato y la efectiva prestación de los servicios, se producen siempre que el consumidor supere una evaluación crediticia o de asegurabilidad, siendo que algunos términos contractuales e incluso el costo del servicio, estarán determinados en función al resultado de tal evaluación.

Por consiguiente, se depende que el asunto problemático radica fundamentalmente en establecer si resulta conveniente mantener la regla establecida en el Código Civil, por la cual las propuestas dirigidas *ad incertam personam* no tienen carácter de oferta contractual y por ende, se convierten en una mera invitación a recibir ofertas; o si es pertinente entender que dicha Oferta al Público califica como una oferta contractual y que en consecuencia, su sola aceptación permite la celebración del contrato propuesto.

8.2 Escenarios donde se presenta la Oferta al Público y los sujetos involucrados

La Oferta al Público, como propuesta realizada a una cantidad indeterminada de personas, responde a un esquema de despersonalización de las relaciones de intercambio. A lo largo de este trabajo, se ha analizado la denominada “crisis de la contratación clásica” y la masificación de la contratación, generada por la evolución de las economías de escala en el aparato productor y la necesidad de los oferentes de colocar la mayor cantidad de productos o servicios posibles, sin perjuicio de la identidad de las contrapartes.

Esto entonces denota que, en la regularidad de los casos, la Oferta al Público se realiza por un agente económico que en su búsqueda de incrementar su participación en el

mercado (y con ello maximizar sus beneficios), propone la celebración de una serie de contratos con la mayor cantidad posible de clientes.

No obstante, también existen casos en los cuales, el sujeto que realiza la Oferta al Público pretenda convocar a la mayor cantidad de interesados, con el objeto de contratar con aquel que calce de mejor manera con las características que busca. Así se puede ver, por ejemplo, aquellas Ofertas al Público referidas a la celebración de contratos personalísimos.

Un último supuesto es que, quien realiza esta Oferta al Público solo desee celebrar un único contrato, y que mediante la difusión de su propuesta, busque transmitir su serio y real interés en concretar la transacción en cuestión.

Como se puede observar, los escenarios descritos son diversos. Asimismo, un tema a tener en cuenta, es que el ámbito de realización de tales propuestas no siempre estará enmarcado dentro de una potencial relación de consumo.

Si bien el mayor impacto de dichas Ofertas al Público (así como sus problemas jurídicos) se suele dar en el ámbito de la contratación masiva, en donde hallamos de un lado a los proveedores de bienes y servicios, y por el otro, a los consumidores destinatarios de tales propuestas; ello no enerva el hecho que esta figura también se pueda emplear en situaciones que no encuentran dentro de las normas de protección al consumidor.

Ya se ha desarrollado que para estar ante una relación de consumo (y sean aplicables las normas de protección al consumidor), es menester verificar la existencia de un sujeto que califique como consumidor y otro como proveedor.

En tal sentido, desde el lado de quien realiza la Oferta al Público, se observa que no necesariamente es un sujeto que realiza la actividad económica en cuestión de forma habitual. Para tales efectos, puede verse el caso de aquella persona natural que publica

un aviso en un diario, por el cual pone a la venta un automóvil de su propiedad, indicando el precio; o de una panadería que, con motivo de una mudanza de local, decide poner un aviso en el exterior de su establecimiento para rematar sus sillas o cuadros de decoración.

Por otra parte, puede suceder que aunque el anunciante califique como proveedor, el destinatario (y eventual contratante) no sea considerado consumidor, en función al producto o servicio en cuestión. Así, por ejemplo, es posible mencionar la publicación de un anuncio televisivo por el cual se promocióne la venta de hornos industriales. En dicho caso, si bien quien efectúa la Oferta al Público puede ser un agente económico que realice esta actividad con habitualidad, los destinatarios del mensaje posiblemente no califiquen como consumidores, pues se trata de un bien que suele ser adquirido para un fin productivo y forma parte del giro de diversos negocios (panaderías, por ejemplo).

Asimismo, en función al escenario en el cual nos encontremos, resulta evidente que los sujetos e intereses variarán.

Dentro de los sujetos que realizan la Oferta al Público, se hallan aquellas personas naturales o jurídicas, que calificando como proveedores, pretenden la colocación de sus productos o servicios, por lo que su objetivo será la celebración de la mayor cantidad de contratos posibles, hasta el agotamiento de sus existencias.

También existirán supuestos en los cuales, dichos agentes no actúen como proveedores, y por ende, su objeto radicaré en encontrar el mejor o los mejores candidatos posibles para celebrar un determinado contrato.

Con relación a los destinatarios, podemos observar una mayor uniformidad, pues sin perjuicio del uso o destino que pretendan dar al producto o servicio ofrecido, su interés estará en poder acceder a la adquisición o contratación del mismo.

A fin de consolidar lo expuesto con relación a los sujetos intervinientes, resulta de utilidad el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Aplicación de las normas de protección al consumidor en función a los sujetos intervinientes en la Oferta al Público

Destinario Oferente	Persona natural o jurídica usuario final³⁵³	Microempresa³⁵⁴	Persona natural o jurídica que actúe como proveedor³⁵⁵
Persona natural o jurídica (proveedor habitual)	Relación de consumo	Relación de consumo	No está tutelado por las normas de protección al consumidor
Persona jurídica que realiza actividad económica sin habitualidad	No está tutelado por las normas de protección al consumidor	No está tutelado por las normas de protección al consumidor	No está tutelado por las normas de protección al consumidor
Persona natural que realiza actividad económica sin habitualidad	No está tutelado por las normas de protección al consumidor	No está tutelado por las normas de protección al consumidor	No está tutelado por las normas de protección al consumidor

Fuente. Datos tomados de la evaluación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Elaboración propia)

De lo expuesto, también se puede extraer que la conjugación de los sujetos involucrados y el objeto de la propuesta que se quiere difundir a través de la Oferta al Público, nos brinda una perspectiva con relación al interés del oferente, lo cual resulta relevante para

³⁵³ Nos referimos a aquella persona natural o jurídica que adquiere un bien o contrata un servicio (o lo disfruta) para un fin personal, o de su entorno social o familiar.

³⁵⁴ Nos referimos a aquellas personas naturales o jurídicas, que realizando actividades económicas: (i) califican como microempresarios, (ii) el bien o servicio adquirido o contratado no forma parte de su giro de negocio, y (iii) se encuentran en situación de asimetría informativa.

³⁵⁵ Ello incluye a los microempresarios que no cumplan los elementos señalados en el pie de página anterior.

el análisis que se efectuará. En este orden de ideas, podemos sintetizar ello en el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Interés de los sujetos que realizan una Oferta al Público en función al bien o servicio ofrecido

Sujeto Bien o servicio	Persona jurídica que realiza actividad económica habitual	Persona natural con negocio que realiza actividad económica habitual	Persona jurídica que no realiza actividad económica habitual	Persona natural que no realiza actividad económica habitual
Bienes o servicios prestados con regularidad³⁵⁶	Colocación de la mayor cantidad de unidades posibles	Colocación de la mayor cantidad de unidades posibles	X	X
Bienes únicos	Transferencia de activos	Transferencia de activos	Transferencia de activos	Transferencia de activos
Servicios personalísimos	Acceder a servicio bajo relación de confianza	Acceder a servicio bajo relación de confianza	Acceder a servicio bajo relación de confianza	Acceder a servicio bajo relación de confianza

Fuente. Datos tomados del análisis realizado en el presente capítulo (Elaboración propia)

Cabe acotar que cuando se alude a servicios personalísimos, debe verse ello desde la perspectiva del oferente. Invirtiendo la figura, pueden haber servicios que si bien para el destinatario de la Oferta al Público son personalísimos, ello no se replica con relación a quien efectúa la propuesta.

Así, se puede ver el caso de un servicio de clases particulares de inglés, el cual resulta de carácter personalísimo desde la perspectiva del destinatario, pues luego de efectuar su

³⁵⁶ En este caso, sin perjuicio de la cantidad de unidades disponibles, se trata de una actividad que el agente económico efectúa habitualmente, por lo que su ofrecimiento responde a su interés en concurrir en el mercado y maximizar sus beneficios.

búsqueda, decidirá usualmente contratar con determinado proveedor en función a sus características personales. Sin embargo, desde la posición del oferente, se trata de un servicio prestado con regularidad, siendo ordinariamente indiferente para éste la identidad de la persona que acceda a sus servicios.

8.3 Regulación subjetivista de la Oferta al Público dentro de nuestro ordenamiento jurídico

La Oferta al Público en el Perú se encuentra sujeta en principio a tres normas diferentes: el Código Civil, el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que en función a sus enfoques determinan efectos y consecuencias jurídicas que no resultan plenamente concordantes entre sí, en la medida que varían en función de las características de los agentes participantes.

En primer lugar, tenemos el artículo 1388° del Código Civil, el cual establece que la Oferta al Público vale como una invitación a ofrecer, y se erige como una regla general que en principio es aplicable a toda relación contractual.

Por otro lado, si bien el artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor no señala de forma directa que la Oferta al Público vale como oferta contractual, sí indica que la misma vincula al proveedor y es exigible por los consumidores, integrándose al contrato que posteriormente suscriban las partes. Ello ha sido interpretado jurisprudencialmente, como el reconocimiento legal del carácter vinculante de la Oferta al Público en el ámbito de consumo.

Esto encuentra eco en el artículo 14.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, referido a la publicidad de promociones, al establecer que la falta de consignación del *stock* y vigencia de las mismas, genera en el proveedor la obligación de atender los pedidos que efectúen los consumidores, bajo las condiciones especiales ofrecidas.

Por otra parte, de determinarse que el anunciante difundió un mensaje en el mercado que no se condice con la realidad, esto calificaría como un acto de competencia desleal, en la modalidad de engaño³⁵⁷ y por ende sancionable bajo los parámetros establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En este supuesto, podrían encuadrarse aquellas Ofertas al Público, en donde se establezcan determinadas condiciones o características del producto o servicio (o de la transacción en sí misma), que no cuenten con sustento fáctico.

Si bien pareciera que en base a las normas de protección al consumidor y de represión de la competencia desleal, se estaría dejando tácitamente de lado la regla del Código Civil, ello no resulta preciso, pues los ámbitos de aplicación de tales normas no son los mismos y por ende, se podrían producir consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, en función de elementos circunstanciales.

De acuerdo a lo antes desarrollado, la Oferta al Público puede ser realizada por personas naturales o jurídicas que califiquen como proveedores o no, teniendo como destinatarios a agentes económicos que requieran el bien o servicio para su actividad económica y usuarios finales.

No obstante, la aplicación de las normas de protección al consumidor dependerá de que los sujetos que participen en cada transacción en concreto, califiquen como proveedores y consumidores respectivamente. Todos aquellos supuestos donde no concurren un proveedor y un consumidor, aun cuando se traten de los mismos bienes o incluso se encuentren referidos a la misma propuesta difundida (por ejemplo, un mismo anuncio publicitario), están fuera del ámbito de aplicación de dicha norma y por ende, se regirán íntegramente por la regla del Código Civil.

Ello se puede ilustrar de la siguiente manera: Un establecimiento publicita mediante un anuncio en un periódico local, la venta de una computadora de escritorio y una impresora (claramente identificadas) al precio de S/. 2 000,00, otorgando además

³⁵⁷ Conducta tipificada en el artículo 8° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

diversos accesorios como obsequio por la compra. En la mañana, llegan un joven estudiante y un empresario de cabinas de internet, con el objeto de adquirir dicha promoción y ambos reciben como respuesta que las condiciones de venta han variado y en base a ello, el proveedor se niega a cumplir con los términos ofrecidos en su Oferta al Público.

En dicho supuesto, se observa que pese a tratarse de una misma propuesta realizada por un agente económico, tendrá dos valoraciones y consecuencias jurídicas diferentes, en función a la persona interesada que pretenda acceder a ella.

Así, en el caso del estudiante, al calificar como consumidor, podrá invocar ante el Indecopi el artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor y requerir el cumplimiento de la promoción contenida en el anuncio. No obstante, el empresario de cabinas de internet, aun si fuera microempresario, no calificará como consumidor (al tratarse de un bien que forma parte de su giro de negocio) y por ende, solo podrá ampararse en el Código Civil, el cual señala que la Oferta al Público es una invitación a ofrecer, no contando con medida alguna para hacer exigible lo propuesto.

En tal sentido, con prescindencia del mensaje trasladado al mercado y las expectativas que el mismo pueda haber generado, civilmente dicha propuesta califica como una invitación a ofrecer, por lo que su “aceptación” por parte de sus destinatarios no genera el nacimiento de obligación contractual alguna. Siendo así, existe el riesgo de que el agente económico que realizó tal Oferta al Público, pueda desconocerla o alterarla posteriormente.

Asimismo, la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal tampoco es general, pues dependerá de si el anunciante o proponente han realizado dicha Oferta al Público con una finalidad concurrencial. Por ende, si bien mediante las reglas que tutelan la leal competencia, se puede pretender disuadir la divulgación de Ofertas al Público no veraces o precisas por parte de personas naturales o jurídicas que por su actividad concurren en el mercado; ello no será aplicable respecto de las personas que

eventualmente buscan realizar una transacción económica en concreto (y no el ingreso o permanencia dentro del mercado).

En conclusión, la aplicación de las normas en materia de protección al consumidor y derecho de la competencia, responde a situaciones especiales intrínsecamente vinculadas a las condiciones, características y actividades de los individuos respectivos. Entonces, la divergencia de dichas reglas con lo establecido en el Código Civil respecto a la Oferta al Público deviene en una situación inconsistente, en la cual su valoración y eficacia jurídica variará de acuerdo a quien la recibe o efectúa.

8.4 Limitaciones de las reglas en materia de protección al consumidor y derecho de la competencia

Como se ha señalado en este trabajo, la doctrina y la jurisprudencia han sido concordantes en interpretar el texto del ahora artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, señalando que el mismo contiene un derecho exigible por los consumidores respecto a los proveedores, a fin que estos últimos cumplan con los términos ofrecidos a través de una Oferta al Público, lo cual se integra al contrato que pueda celebrarse en base a dicha propuesta.

No obstante, el hecho de que el Código Civil no acompañe esta fórmula, así como el propio ámbito de aplicación de las normas de protección al consumidor y las competencias de la entidad administrativa respectiva (Indecopi), establecen algunas limitaciones.

La primera importante limitación, es que las reglas del Código de Protección y Defensa del Consumidor se circunscriben a aquellos casos en los cuales concurra un sujeto que califique como consumidor y otro como proveedor, bajo los parámetros legales establecidos a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, de verificarse que en un caso concreto, un proveedor se hubiese negado a brindar un producto o servicio en las condiciones publicitadas, el Indecopi a través de sus órganos resolutivos en materia de protección al consumidor (los cuales tienen competencia primaria para aplicar lo dispuesto en dicha norma)³⁵⁸ podría disponer una medida correctiva, ordenando al proveedor que cumpla con entregar al consumidor el producto o servicio respectivo de acuerdo a lo ofrecido.

La negativa del proveedor de contratar en los términos ofrecidos, traerá como consecuencia entonces, que la autoridad eventualmente determine la obligación de dicho agente económico de honrar su propuesta (en caso siga siendo de interés para el consumidor). Por ende, el remedio administrativo consistiría en establecer mediante un mandato la composición del contrato propuesto.

Los procedimientos en materia de protección al consumidor son de carácter sancionador³⁵⁹, por lo cual una vez detectada una infracción a las normas respectivas, la autoridad procederá a establecer una sanción, mas no podría fijar una indemnización a favor del consumidor afectado.

Asimismo, las medidas correctivas no son ejecutables coactivamente por el Indecopi, por lo que en caso de renuencia del obligado, el administrado deberá acudir ante el Poder Judicial para solicitar las medidas pertinentes para su cobro directo y compulsivo³⁶⁰.

³⁵⁸ Ver artículo 105° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

³⁵⁹ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
Artículo 107°.- Postulación del proceso

Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores (...)

³⁶⁰ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras

(...)

115.6 El extremo de la resolución final que ordena el cumplimiento de una medida correctiva reparadora a favor del consumidor constituye título ejecutivo conforme con lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil, una vez que quedan consentidas o causan estado en la vía administrativa. La legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a los consumidores beneficiados con la medida correctiva reparadora.

El encargo legal brindado a la Autoridad de Consumo es el de monitorear y fortalecer el acatamiento de las normas de protección al consumidor, reprimiendo las infracciones a las mismas. Por ende, si bien como parte de su análisis (por ejemplo, respecto al deber de idoneidad) dicha autoridad podría evaluar los contratos y ofrecimientos realizados, no tiene como función el resolver todas las aristas devenidas de un eventual incumplimiento contractual.

Consecuentemente, aquel consumidor que se vea defraudado por la falta de cumplimiento de la Oferta al Público efectuada por un proveedor y desee ser reparado, deberá acudir primero al Indecopi para que éste determine si se produjo una infracción a las normas de protección al consumidor y dicte una medida correctiva a su favor; y en caso el proveedor no acate dicho mandato, iniciar un proceso judicial para obtener su ejecución. Ello, sin perjuicio de tener que iniciar adicionalmente un nuevo proceso judicial, si el afectado considera que ha sufrido un daño indemnizable.

Es evidente que en muchos casos, los consumidores analizarán los costos de oportunidad de ello y optarán por solo acudir a la autoridad administrativa, viendo satisfecho su interés con el mandato dirigido a que el proveedor cumpla con lo ofrecido o incluso, pueden buscar únicamente que se sancione al proveedor por la conducta infractora. Sin embargo, ello no descarta que exista otro grupo de consumidores afectados, que sí pretendan que se ejecute la prestación ofrecida y aceptada, y además se reparen los perjuicios causados en su integridad.

Es en este segundo supuesto donde se aprecia con claridad la limitación de las normas de protección al consumidor, pues podrían conllevar a que el usuario siga hasta tres procesos (dos judiciales y uno administrativo). Esto es así, pues en caso el afectado optara por directamente acudir a la vía judicial, un Juez Civil podría en aplicación del artículo 1388° del Código Civil entender que contractualmente hablando, dicho ofrecimiento no califica como oferta y por ende, al no haber contrato, no hay prestación exigible.

Respecto a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al tener como bien jurídico protegido el proceso competitivo en abstracto, su aplicación se dirigirá a eliminar la conducta considerada infractora (por ejemplo, una publicidad engañosa) y sancionar la misma, a modo de mecanismo de prevención. Por ende, sus medidas correctivas estarán enfocadas al restablecimiento de la leal competencia en el mercado³⁶¹, y no al caso en concreto de aquellas personas que vieron defraudadas sus expectativas formadas en mérito de la Oferta al Público difundida por el empresario.

8.5 Efectos de la Oferta al Público dentro del ordenamiento civil y necesidad de modificación

El artículo 1388° del Código Civil es claro al señalar que la Oferta al Público vale como invitación a ofrecer. Por ende, quien realiza la Oferta al Público solo estará transmitiendo su interés en recibir propuestas, procedentes de los propios destinatarios del anuncio o comunicación primigenia.

De esta forma, quienes acceden a la invitación serán los oferentes y aquel que efectúo la Oferta al Público, será finalmente el eventual aceptante de tales propuestas. Así, luego de celebrado el contrato, el “proponente” no será oferente sino aceptante; y los que accedieron a la Oferta al Público no serán aceptantes sino oferentes.

En la medida que el contrato se celebre conforme a los términos ofrecidos, la conceptualización de quien es el oferente y el aceptante, será de interés académico, pero no tiene incidencia práctica sobre los alcances de las obligaciones de las partes.

No obstante, lo antes dicho crea un escenario bajo el cual, aquel agente económico que realizó la mencionada Oferta al Público, finalmente podría decidir contratar o no en los

³⁶¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 55°.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

(...)

términos “propuestos” por los destinatarios del anuncio, que en estos casos, paradójicamente, son predispuestos por él mismo.

La existencia de una Oferta al Público conforme se regula en el Código Civil, conlleva a la posibilidad que el “invitante” (proveedor que realiza la Oferta al Público) luego de recibir las “ofertas” de aquellos interesados, en los mismos términos contenidos en su invitación a ofrecer, rechace las ofertas que se le realicen si así lo creyera conveniente. De la misma manera, el proveedor podría lanzar una Oferta al Público pese a saber que el número de unidades disponibles es restringido o incluso modificar el precio u otras condiciones de venta, pues en ambos casos, los proveedores podrían alegar que la Oferta al Público realizada por ellos es en realidad una invitación a ofrecer sin carácter vinculante.

Si bien el carácter recepticio de la propuesta forma parte de los elementos que doctrinariamente caracterizan a la oferta contractual, ello resulta perfectamente coherente dentro de un modelo de contratación clásica negociada e individualizada; desdibujándose al estar frente a esquemas contractuales masivos o despersonalizados. Al respecto, resulta interesante rescatar lo señalado por Bullard: *“esto ha llevado a que existan conceptos forzados, ficciones que no necesariamente responden a la realidad de los hechos. Tal sería el caso de la Oferta al Público, donde el Código Civil peruano en un esfuerzo de “malabarismo conceptual” a fin de mantener incólume la concepción tradicional de la oferta, esfuerzo que (...) carecería de sentido, a no ser que se considera la coherencia conceptual más importante que la correlación de las normas con la realidad”*³⁶².

En tal sentido, lo establecido en el Código Civil avalaría el lanzamiento de “Ofertas al Público” poco serias, pues al no ser vinculantes, no generarían en quien las realiza una consecuencia jurídica directa.

³⁶² Bullard González, Alfredo (2003) *Derecho y Economía*. Lima, Palestra, p. 425.

Por otro lado, de la presente investigación se desprende que la Oferta al Público tiene un carácter obligatorio en materia de protección al consumidor, debido principalmente a las expectativas que genera en los receptores. En realidad, ello es aplicable no solamente dentro de las relaciones entre proveedores y consumidores, pues en general, resulta razonable entender que cualquier persona (sin perjuicio de sus características propias o el fin que pretenda dar al producto o servicio a adquirir o contratar), pueda esperar válidamente acceder a lo ofrecido mediante una Oferta al Público, bajo los términos y características indicados.

Finalmente, si bien el artículo 1388° del Código Civil permite considerar como vinculante a aquella Oferta al Público que indique claramente que dicha propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, se debe indicar que: (i) es un supuesto poco usual en el mercado, e (ii) implicaría que los destinatarios de la oferta solo consideren serias y firmes aquellas Ofertas al Público que tengan dicha indicación inusual, dejando fuera del espectro de confianza de los destinatarios, al resto de Ofertas al Público que pese a contar claramente con todos los elementos del contrato propuesto, no contengan la precisión antes mencionada.

Lo establecido en el Código Civil respecto a la Oferta al Público, parte de la premisa que en la generalidad de los casos, los agentes económicos solo buscarían invitar a sus potenciales clientes a iniciar tratos y que, excepcionalmente, podrían pretender dotarla de efectos definitivos. Al respecto, De la Puente y Lavalle señala que la elección del invitante (aquel que realiza la Oferta al Público y deberá dar su aceptación para la celebración del contrato) “*se limita, pues, a determinar el número de ofertas que acepta y, eventualmente, a calificar la personalidad del oferente*”³⁶³.

Esto no se condice con la dinámica regular del mercado. Como se ha señalado anteriormente, en los casos de la Oferta al Público de productos o servicios ofrecidos con regularidad, los agentes económicos buscan la mayor colocación de los mismos. Ello sumado a la irrelevancia que en este esquema tiene la identidad de quien acceda a

³⁶³ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, p. 633.

dicha propuesta, denota que contrariamente a lo presupuesto por el Código Civil, aquel que realiza una Oferta al Público, busca obtener con ella la aceptación de los destinatarios y obligarse a brindar las prestaciones ofrecidas de forma inmediata, a cambio por supuesto de la contraprestación solicitada.

Son estos argumentos los que validan la necesidad de modificar la regla establecida en el Código Civil, la cual sin perjuicio de lo señalado en las normas de protección al consumidor, sigue siendo una disposición de carácter general y vigente en nuestro ordenamiento.

8.6 La Oferta al Público como oferta vinculante y su sustento

De lo analizado, se observa que en materia de protección al consumidor, la doctrina y la legislación existente, se encuentran fuertemente orientadas hacia la consolidación de la obligatoriedad de la Oferta al Público, estableciendo su integración a los contratos de consumo que se celebren en base a ella y su exigibilidad por parte de los consumidores.

Sin embargo, ello no es una concepción privativa de la rama jurídica del derecho del consumo, pues también dentro del espectro civil, un sector importante de la doctrina y la legislación comparada han concebido a la Oferta al Público como una real oferta contractual, vinculante para quien la efectúe y cuya aceptación dará lugar al perfeccionamiento del contrato propuesto.

Para tales efectos, es importante recordar que el presupuesto básico es que dicha Oferta al Público tenga los elementos esenciales del contrato que se pretenda celebrar, pues ello determinará la autosuficiencia de la propuesta y por ende, la posibilidad de que su aceptación dé lugar al nacimiento de un contrato.

Ello resulta concordante con la regularidad de las relaciones comerciales existentes en el mercado. Cuando un agente económico lanza una Oferta al Público, con la integridad de elementos del contrato a celebrar y sin establecer condiciones previas a verificar, es

claro que lo que busca es concretar la mayor cantidad de transacciones posibles, con cualquiera que acceda a lo propuesto y pague la contraprestación solicitada.

Así, por ejemplo, si un restaurante coloca afuera de su establecimiento una pancarta donde de forma destacada señale que tiene una oferta especial por ese día, ofreciendo “*el plato del día por S/. 19.90*”³⁶⁴, resulta claro que su finalidad es que cualquier transeúnte que vea el anuncio pueda sentirse motivado a consumir dicho plato e ingrese para pedirlo. En esta situación, no resulta verosímil considerar que lo que busca es invitar a las personas, para luego evaluar si acepta o no sus propuestas y vender los referidos platos.

Al respecto, desde la doctrina que sustenta la concepción de la Oferta al Público como una invitación a ofrecer, se observan tres cuestiones a superar: (i) su carácter no recepticio, (ii) el riesgo de que el empresario se vea rebasado y no pueda atender los pedidos de los interesados, y (iii) la rigidez que implicaría calificar ello como oferta, al no poder luego ser retirada voluntariamente una vez difundida.

Dentro del esquema de contratación clásica, de negociaciones previas entre el oferente y el destinatario (eventual aceptante), resulta clara la necesidad de que la oferta se encuentre dirigida a un sujeto en particular: se requiere identificar a quien va dirigida la propuesta, considerando la existencia de una etapa previa de negociaciones (breve o no), la cual usualmente se llevaría a cabo con una persona determinada. En este sentido, el carácter recepticio responde a un interés del propio oferente en conocer ante quien se está vinculando con su oferta y con quien está eventualmente contratando.

No obstante, en el caso de la Oferta al Público el propio oferente prescinde de esta característica con la finalidad de lograr celebrar una mayor cantidad de contratos en un menor tiempo. Por ende, el hecho que la Oferta al Público no sea recepticia (dentro de los cánones tradicionales) no implicaría la vulneración de ningún principio jurídico ni enerva su calidad de oferta contractual.

³⁶⁴ Por supuesto, en este caso el “plato del día” debe estar identificado, sea mediante una mención expresa o una imagen que permita saber en qué consiste.

Asimismo, dentro de este trabajo, se ha señalado que parte de la doctrina que sustenta la exigibilidad de las Ofertas al Público, considera que el carácter recepticio se da también en esta clase de propuestas, en la medida que son comunicadas a sus destinatarios, no estando limitado ello a que la declaración se dirija necesariamente a un destinatario cierto.

Sin perjuicio de ello, la sola no inclusión de la Oferta al Público dentro de lo que tradicionalmente se entiende como “declaraciones recepticias” no resulta un argumento suficiente para restarle los efectos vinculantes que las partes entienden posee, desconociendo la dinámica usual del mercado y permitiendo la afectación de las expectativas de los destinatarios de dicha oferta.

Por otro lado, un argumento reiterado en nuestra doctrina civil ha sido que, de dotarse a la Oferta al Público de exigibilidad, el proponente se verá en la obligación de cumplir con la prestación ofrecida a todo aquel que lo requiera, lo cual podría superar su capacidad de atención y por ende, empujarlo hacia un incumplimiento contractual.

Al respecto, debemos señalar que tal situación no resulta insalvable normativa ni comercialmente. Así, en el caso de los ofrecimientos en condiciones regulares, a nivel normativo se podrían señalar limitaciones en función a las existencias remanentes, quedando a cargo del oferente el acreditar tal situación, cuando la autoridad administrativa o judicial respectiva lo requiera.

Con relación a las promociones especiales, las propias normas en materia de protección al consumidor y regulación publicitaria, establecen una obligación que permite justamente delimitar los alcances de la propuesta realizada por el proveedor: el señalamiento de las unidades disponibles y el período de vigencia. De esta manera, aquella persona interesada en acceder a dicha promoción, sabrá las limitaciones de la misma y por ende, que existe la posibilidad de que si toma mucho tiempo en decidir, el producto o servicio ofrecido en tales condiciones especiales ya no esté disponible.

Estas dos herramientas pueden ser implementadas sin mayores inconvenientes, pues en ambos casos se trata de información que maneja el propio oferente, por lo que le sería fácil presentarla en caso sea necesario. A mayor abundamiento, cabe señalar que lo relativo a la comunicación del *stock* y vigencia de las promociones comerciales, es una obligación que ya existe en el ordenamiento jurídico, constituyendo parte del principio de legalidad publicitaria, conforme al artículo 17.3 literal f) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, concordante con el artículo 14 del Código de Protección y Defensa al Consumidor.

Por otra parte, también se ha señalado que la concepción de la Oferta al Público como obligatoria implicaría la imposibilidad de retirarla unilateralmente una vez difundida. Sobre este punto, es pertinente señalar en primer lugar que, aquellas Ofertas al Público efectuadas sin un período de vigencia, si bien no contarían con un plazo determinado, ello no las convierte en perpetuas.

El artículo 1385° del Código Civil resulta de utilidad en este punto, al señalar que justamente en tales casos, cuando el oferente no esté en comunicación inmediata con el destinatario (como sería el caso de las ofertas dirigidas a personas indeterminadas), la oferta se extinguirá si transcurre un tiempo suficiente para que el destinatario pueda comprender el contenido de la misma, tomar su decisión y hacer llegar su respuesta al oferente.

Esto por supuesto, respecto a la Oferta al Público, se vería relativizado si subsiste la difusión de la misma. Por ejemplo, en el caso de una pancarta colocada en una transitada avenida, no podría entenderse la extinción de dicha oferta mientras tal anuncio continúe instalado y publicitando la propuesta contractual en cuestión.

Respecto a la posibilidad de retirar las ofertas efectuadas, vemos que en el caso de aquellas realizadas regularmente sin indicar un período de vigencia, podrá bastar con el cese de su difusión, por lo que con ello, luego de un tiempo prudencial, se entendería

como no vigente dicha propuesta. Asimismo, otro mecanismo sería la publicitación de una nueva Oferta al Público, respecto del mismo bien o servicio, en nuevas condiciones (por ejemplo, retirando de la góndola aquel anuncio que destacaba un precio especial determinado y cambiándolo por el nuevo precio y condiciones vigentes).

Ahora bien, las promociones comerciales o aquellos casos en los cuales el proveedor decide establecer un plazo determinado de vigencia, sí podrían generar un problema distinto. Esto, en la medida que mediante su difusión, el destinatario de las mismas se formó una expectativa clara con relación a su horizonte temporal o condiciones respectivas, por lo que su solo retiro no resultaría suficiente para dejar sin efecto dicha Oferta al Público efectuada. Siendo así, la propuesta de solución pasaría por establecer la posibilidad excepcional de revocación de la oferta, siempre que la misma se comunique bajo los mismos medios de difusión de la oferta original.

Esta solución es similar a la adoptada por el artículo 7° de la Ley de Defensa del Consumidor argentina y al Código Civil italiano. Cabe señalar que en el caso del Código Civil de Brasil, inclusive dicha posibilidad se ve reducida a aquellos casos en los cuales el oferente se haya reservado tal facultad, entendiéndose entonces que caso contrario, no sería posible retirar la Oferta al Público efectuada (la cual conforme a la legislación brasileña tiene el carácter de oferta vinculante).

La razón de la mencionada excepción radicaría en la especial naturaleza de esta clase de ofertas. Cuando se trata de una comunicación recepticia tradicional, resulta amparable que la regla de irrevocabilidad de la oferta se mantenga, pues el privilegiar la expectativa del destinatario de la oferta tendrá como contraparte el deber del oferente de honrar (de ser aceptado) su ofrecimiento individualmente realizado.

Sin embargo, en el caso de la Oferta al Público, al ser de comunicación masiva, podría generar una situación en la cual la exigencia de mantener la misma puede resultar excesivamente onerosa. Esto por supuesto, no implica que la revocación propuesta tenga

efectos “retroactivos”, por lo cual el oferente deberá atender todos los pedidos efectuados con anterioridad al retiro público de su oferta.

Lo antes mencionado, permitiría ponderar la seguridad del tráfico jurídico, salvaguardando las expectativas válidamente formadas en los destinatarios de la Oferta al Público, pero evitando que ello resulte excesivamente rígido para los agentes económicos y contraiga la difusión de Ofertas al Público y promociones, que finalmente transmiten valiosa información con relación a las opciones de compra existentes.

En tal sentido, se viraría desde una posición civilista orientada básicamente a tutelar el interés del comerciante que realiza la Oferta al Público, para pasar a un modelo que considere la racionalidad económica de dichos ofrecimientos en un mercado masificado y despersonalizado, los cuales generan expectativas y que para tener eficacia, requieren ser vinculantes. A mayor abundamiento, llevado al extremo, el concebir a la Oferta al Público como una mera invitación a ofrecer no vinculante, podría reducir la fiabilidad de los destinatarios en la validez de las promociones u ofrecimientos difundidos, pues entenderían que la propuesta realizada eventualmente podría ser desconocida o modificada por quien la realiza, lo cual reduciría su impacto, siendo ello especialmente relevante, puesto que uno de los objetivos usuales de la Oferta al Público es permitir celebrar la mayor cantidad de operaciones posibles.

Ahora bien, lo antes señalado es aplicable a la mayoría de casos de Ofertas al Público y que justamente son aquellos que tienen mayor relevancia e impacto: el ofrecimiento realizado por un agente económico respecto de un producto o servicio ofrecido regularmente.

Esta misma lógica es trasladable a las Ofertas al Público relativas a la transferencia de un bien único. El interés del oferente es enajenar el bien con prescindencia de la identidad del adquirente (pues de lo contrario no hubiese optado por ofrecerlo públicamente) y el interés del destinatario aceptante es adquirirlo, por lo que no existiría asidero para sustentar que dicha Oferta al Público no sea vinculante.

No obstante, como ya se ha visto, existen casos en los cuales el objeto materia de transacción es un servicio de carácter personalísimo para quien efectúa la oferta, o en los que la identidad del contratante resulta un elemento relevante en la transacción. En tales supuestos, el objeto de la Oferta al Público es convocar la mayor cantidad de interesados posible, a fin de determinar cuál sería el más apto para celebrar el contrato sugerido, y ello también es entendido por quienes atienden esta clase de ofrecimientos.

Por ejemplo, si una empresa publica un aviso convocando a un arquitecto para que diseñe un nuevo local que pretenden abrir próximamente, señalando el tiempo de realización y el monto a pagar, ello no podría significar que dicha empresa contratará al primero que llegue aceptando la propuesta. Es razonable que efectuará una evaluación de los candidatos interesados y sus proyectos, para luego, en función a ello, escoger a quien mejor se ajuste a sus necesidades, siendo esta relación de corte personalísimo.

En conclusión, vemos que existen sólidos argumentos para considerar que la lógica transaccional del mercado y la tutela de las legítimas expectativas de los destinatarios de la Oferta al Público, sustentan la posibilidad de calificar a dichas propuestas como ofertas contractuales vinculantes; con excepción de aquellos casos relativos a servicios personalísimos o en los cuales la identidad del aceptante es relevante para la celebración del contrato.

8.7 Concordancia entre la legislación civil y las normas de protección al consumidor y de represión de la competencia desleal

En base a todo lo expuesto, se vislumbra claramente la existencia de un estándar doble en función de los sujetos intervinientes, lo cual determinará si se aplican las normas de protección al consumidor o si en su defecto, únicamente lo establecido en el Código Civil.

Sin perjuicio de la diferencia en los ámbitos de aplicación de dichas normas (general en el caso del Código Civil y especial en lo referente a las normas de protección al consumidor), también se observa una contraposición en sus enfoques.

Por su parte, el Código Civil al conceder a la Oferta al Público el carácter de invitación a ofrecer, determina que salvo indicación en contrario, dicha manifestación de voluntad no resulte vinculante para quien lo realiza; por lo que tampoco faculta a su destinatario a exigirla.

Contrariamente a ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 46° establece la obligatoriedad de la Oferta al Público y su exigibilidad por parte de los consumidores destinatarios. Asimismo, la Ley de Represión de la Competencia Desleal califica de ilícitos aquellos actos (incluyendo la difusión de publicidad comercial) que atenten contra la buena fe comercial, entre los cuales se encuentran los actos de engaño, que se podrían configurar, por ejemplo, por ofrecer que el producto o servicios tendrá determinadas características o se brindará bajo ciertas condiciones, que finalmente no se cumplen.

Siendo así, una uniformización de la legislación antes señalada, pasa por un necesario reconocimiento del carácter vinculante de la Oferta al Público por parte del Código Civil. La diferenciación en los efectos de la Oferta al Público (pues por ejemplo, aquellas relativas a servicios personalísimos se mantendrían como invitaciones a ofrecer) debe sustentarse en su objeto o naturaleza y no en quien la realiza o a quien decide aceptarla.

Lo anterior permitiría considerar que frente a una Oferta al Público, en la cual resulte indiferente la identidad del aceptante, la respuesta del ordenamiento jurídico será su obligatoriedad en la vía civil, su tutela como un derecho exigible por el consumidor (cuyo incumplimiento conllevaría a una sanción administrativa) y en caso se trate de un acto concurrencial que en abstracto califique como un acto de engaño, la imposición de una sanción al calificar como un acto de competencia desleal.

8.8 La Oferta al Público frente a las contraofertas

Tomando las palabras de Lasarte “*la oferta contractual, para ser realmente tal, requiere que se mantenga en sus condiciones iniciales en espera de la aceptación de la contraparte. Si se modifican las condiciones de la oferta por el eventual aceptante, se está realizando una nueva oferta o contraoferta que, ahora, habrá de ser objeto de aceptación por quien inicialmente asumía la posición de oferente*”³⁶⁵.

Por ende, si bien la Oferta al Público tendría (según lo propuesto en este trabajo) el valor de oferta vinculante, esta pierde su obligatoriedad cuando el destinatario la rechaza para formular una contraoferta, quedando en este momento el proveedor como destinatario de la misma y eventualmente como aceptante.

Esto es así pues la aceptación, para poder dar lugar al acuerdo contractual, debe referirse a la oferta y coincidir con ella, ya que de otra manera no existiría concurso de voluntades. Este principio aplicable a la aceptación de las ofertas en general, es perfectamente extensible a aquella “*ofertas ad incertam personam*” (Ofertas al Público).

De la misma forma, en caso el destinatario de la Oferta al Público concurra hacia el oferente, y en mérito a dicho contacto acuerden celebrar un contrato en términos distintos a los establecidos en la propuesta primigeniamente realizada, ello determinará que la relación jurídica establecida entre ambos sujetos se encuentre regida por estas nuevas condiciones, pues derivarían del acuerdo que finalmente adoptaron las partes.

Ello implica, lógicamente, que ambas partes manifiesten expresamente su voluntad con relación a dichas nuevas condiciones, caso contrario, lo propuesto en la Oferta al Público pasará a integrar el contrato.

³⁶⁵ Lasarte, Carlos (2003) *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. Madrid, Dykinson, p. 93.

Finalmente, este consentimiento para acordar un contrato en condiciones diferentes, si bien tiene efectos entre las partes que manifestaron su conformidad, no enerva el hecho de que en abstracto, eventualmente dicha Oferta al Público vulnere el principio de veracidad y en tal sentido, constituya un acto de competencia desleal sancionable.

8.9 Momento en el cual se entiende efectuada la Oferta al Público

En el caso de las ofertas contractuales dirigidas a personas determinadas, se ha visto que nuestro código sigue las teorías de la cognición y la recepción. Sin embargo, la Oferta al Público no tiene carácter recepticio, lo cual genera una duda recurrente sobre este tema. El problema se puede reducir a establecer si se requiere que dicha Oferta al Público sea efectivamente conocida por sus destinatarios o si este conocimiento efectivo no es determinante.

Al respecto, resulta útil hacer mención a lo señalado por De la Puente y Lavalle³⁶⁶, el cual luego de hacer un parangón entre esta figura y la promesa unilateral al público, indica que *“no se requiere que la oferta al público sea efectivamente conocida por los destinatarios indeterminados para que surta sus efectos, sino que es suficiente que éstos se encuentren en aptitud para conocerla”*. Es así, que se puede señalar que la difusión de la Oferta al Público juega un rol equivalente al de la llegada de la oferta a la dirección del destinatario en el caso de las ofertas a personas determinadas.

8.10 Efectos jurídicos de aquellos anuncios difundidos al público que no califiquen como Ofertas al Público

Considerando lo antes expuesto respecto a la delimitación de la Oferta al Público, queda claro que se encuentran excluidas de este concepto aquellos anuncios o declaraciones por los cuales un agente económico realce determinadas características o haga algún ofrecimiento, sin contener todos los elementos propios del contrato a celebrar.

³⁶⁶ De la Puente y Lavalle, Manuel, *Op. Cit.*, p. 629.

Esto sin embargo, no implica que estas declaraciones no tengan efecto jurídico alguno o que aquellos que las realicen no estén sujetos a ninguna responsabilidad con relación a su contenido.

Si bien al no constituir ofertas contractuales, su “aceptación” no bastará para perfeccionar el contrato respectivo, esto no significa que no resulten exigibles por parte de los consumidores, y de ser el caso, pasen a integrar el contrato finalmente celebrado, en función a lo señalado en el artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Por ende, en caso el proveedor se niegue a respetar lo ofrecido o el bien entregado o servicio prestado no tengan las características contenidas en dichos anuncios difundidos al público³⁶⁷, incurrirá en una infracción a los derechos del consumidor, sancionable por el Indecopi y que podría derivar en el dictado de una medida correctiva a favor del consumidor (por ejemplo, el cumplimiento de dichas condiciones por parte del proveedor, o la devolución de lo abonado por el consumidor).

Asimismo, en función al principio de veracidad, la difusión de mensajes falsos o engañosos en el mercado constituye un acto de engaño sancionable por las normas de represión de la competencia desleal, ello al margen de que se trate o no de una oferta contractual.

8.11 Conclusiones

De lo investigado en el presente trabajo, se desprenden las siguientes conclusiones:

- 1) Siendo la formación de los contratos eminentemente consensual, la oferta se erige como una manifestación de voluntad unilateral por la cual una parte propone a otra la celebración de un contrato. Asimismo, esta oferta resulta vinculante para quien la

³⁶⁷ Ello, siempre que las partes no hayan acordado luego algo distinto.

realiza, pues bastará la aceptación de dicha propuesta por parte del destinatario, para que el contrato se entienda perfeccionado y eficaz para las partes.

- 2) La “crisis de la contratación clásica”, derivada de la masificación de las relaciones comerciales y las economías de escala, ha generado una despersonalización de la contratación, no siendo ya relevante para muchos operadores económicos la identidad de los contratantes que accedan a sus productos o servicios ni sus características personales.
- 3) Lo anterior, a su vez ha producido un decaimiento de las negociaciones previas, pues el interés de los agentes económicos radica muchas veces en la colocación de la mayor cantidad de bienes y servicios, para lo cual han agilizado la contratación mediante herramientas tales como los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación.
- 4) El artículo 1388° del Código Civil peruano califica la Oferta al Público como una invitación a ofrecer, por lo que en principio, no resulta vinculante ni exigible para quien la realiza. Ello además determina que las personas interesadas que atiendan a dicha invitación, tendrán la condición de oferentes, mientras que aquella persona que originalmente divulgó la invitación a ofrecer, tendrá la condición de aceptante, quedando en este último decidir la celebración o no del contrato.
- 5) La postura doctrinaria que sustenta lo antes indicado, alega que la Oferta al Público no puede ser una oferta contractual en la medida que no tiene carácter recepticio y que caso contrario, se expondría al agente económico que la realice, a la posibilidad de incurrir en una situación de incumplimiento, al no poder atender las solicitudes de aceptación de los destinatarios interesados.
- 6) Dentro del derecho civil, existe una importante corriente (especialmente en la doctrina extranjera contemporánea) que sustenta la vinculatoriedad de la Oferta al Público, en la medida que la misma contenga todos los elementos del contrato que se

pretenda promover. No obstante, excluye a aquellas propuestas referidas a contratos de servicios personalísimos.

- 7) Las normas de protección al consumidor contienen disposiciones de tutela reforzada en mérito a la situación de asimetría informativa y vulnerabilidad de los consumidores frente a aquellos que actúan como proveedores en el mercado.
- 8) El artículo 46° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, determina que la Oferta al Público es obligatoria para el proveedor y resulta exigible por los consumidores. Asimismo, tales ofrecimientos se integran a los contratos que en su mérito se celebren.
- 9) Uno de los principales medios por los cuales se difunden las Ofertas al Público, es mediante los anuncios publicitarios. Sin embargo, no todo anuncio califica como una Oferta al Público (por ejemplo, al no poseer los elementos del contrato propuesto).
- 10) Las afirmaciones realizadas por los agentes económicos (y entre ellas, las Ofertas al Público), se rigen por las reglas que tutelan la leal competencia en el mercado, entre ellas, el principio de veracidad.
- 11) En el caso de promociones comerciales, los anuncios deberán contener el número de unidades disponibles y el tiempo de vigencia, caso contrario el anunciante deberá atender los pedidos que realicen los consumidores que soliciten acceder a dicha promoción.
- 12) Se verifica una contraposición entre el Código Civil y las normas que tutelan el derecho de los consumidores y la leal competencia, determinando finalmente que frente a un mismo hecho, el ordenamiento tenga dos respuestas no compatibles y diferenciadas en función a las condiciones propias de los sujetos involucrados.

- 13) No resulta congruente que las consecuencias jurídicas de la Oferta al Público varíen de acuerdo a quien la realiza o la persona interesada que solicite su cumplimiento.
- 14) La jurisprudencia del Poder Judicial sobre la materia ha reconocido que las normas de protección al consumidor otorgan un carácter vinculante a la Oferta al Público, sin perjuicio de que las partes eventualmente, puedan pactar condiciones distintas a lo primigeniamente ofrecido, en cuyo caso serán oponibles las condiciones acordadas (incluso si difirieran de lo anunciado).
- 15) La jurisprudencia del Indecopi está en una línea similar a lo antes señalado, aunque ha sido más enfática al indicar que las normas de protección al consumidor determinan que la Oferta al Público es obligatoria y exigible. Esto, en función a las expectativas que válidamente puedan generar las afirmaciones o imágenes contenidas en los medios de difusión de la propuesta respectiva.
- 16) A nivel latinoamericano, las normas civiles y comerciales de Argentina, Colombia y Chile establecen como regla general, que la Oferta al Público no es obligatoria para quien la realiza, en contraposición con los Códigos Civiles de México y Brasil que sí le otorgan la condición de oferta contractual vinculante. No obstante, las normas de protección al consumidor de estos cinco países reconocen que las características y condiciones ofrecidas a los consumidores resultan obligatorias para quien realiza la propuesta.
- 17) Ante el silencio del Código Civil español, vemos que sus normas de protección al consumidor (con un tenor muy similar al Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano) dotan de vinculatoriedad a las Ofertas al Público efectuadas por los proveedores. Por su parte, Italia y Francia contienen disposiciones en sus Códigos Civiles, que confieren carácter obligatorio a la Oferta al Público, siendo en dichos ordenamientos, una real oferta contractual.

- 18) Cuando el producto o servicio es regularmente ofrecido por un agente económico o se trate de una propuesta de venta de un bien único, la finalidad de quien efectúe la Oferta al Público es la colocación de dichos bienes o servicios, con prescindencia de la identidad o características del contratante. Por tanto, resulta razonable que en estos casos, tal Oferta al Público sea vinculante y el contrato quede celebrado con su sola aceptación.
- 19) Ello diferirá en el caso de servicios personalísimos o donde la identidad del contratante resulte relevante, por lo que en dichos supuestos, la sola difusión de la Oferta al Público no calificaría como oferta, sino como una invitación a recibir propuestas.
- 20) La difusión de la Oferta al Público determina su eficacia frente a los destinatarios de la misma.
- 21) A fin de flexibilizar la actuación de los agentes en el mercado (en especial aquellos que realizan operaciones en masa), resulta conveniente establecer la facultad de que puedan retirar la Oferta al Público efectuada, siempre que ello se difunda por los mismos medios por los cuales se publicitó en primer lugar.

8.12 Propuesta de modificación del Código Civil

Teniendo en cuenta el análisis crítico realizado y las conclusiones derivadas de este trabajo, es necesaria una regulación sistemática y coherente de la Oferta al Público, que permita garantizar la seguridad jurídica y agilidad de las transacciones, y además tutele las legítimas expectativas de sus destinatarios.

Para ello, se propone la modificación de los artículos 1374°, 1384° y 1388° del Código Civil en los siguientes términos:

Cuadro 3. Comparativo entre el texto actual del artículo 1374° del Código Civil y la propuesta de modificación

ARTÍCULO 1374° DEL CÓDIGO CIVIL	
Texto actual	Texto propuesto
<p><i>La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.</i></p> <p><i>Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.</i></p>	<p><i>La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.</i></p> <p><i>Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.</i></p> <p><i>En el caso de las ofertas al público, dirigidas a personas indeterminadas, se entenderán puestas a conocimiento del público en general cuando sean difundidas mediante publicidad, avisos, indicaciones dentro del establecimiento u otros similares.</i></p>

Fuente. Código Civil y propuesta elaborada en función al análisis efectuado en este trabajo.

Cuadro 4. Comparativo entre el texto actual del artículo 1384° del Código Civil y la propuesta de modificación

ARTÍCULO 1384° DEL CÓDIGO CIVIL	
Texto actual	Texto propuesto
<i>La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.</i>	<i>La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.</i> <i>En el caso de la oferta al público dirigida a personas indeterminadas, el oferente podrá dejarla sin efecto siempre que haga pública su revocación mediante los mismos medios empleados para difundir la oferta en su oportunidad.</i>

Fuente. Código Civil y propuesta elaborada en función al análisis efectuado en este trabajo.

Cuadro 5. Comparativo entre el texto actual del artículo 1388° del Código Civil y la propuesta de modificación

ARTÍCULO 1388° DEL CÓDIGO CIVIL	
Texto anterior	Texto propuesto
<i>La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.</i>	<i>La oferta al público, dirigida a personas indeterminadas, obliga a quien la realiza, siempre que contenga los elementos esenciales del contrato propuesto. En tal</i>

<p><i>Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.</i></p>	<p><i>sentido, su aceptación por parte de los destinatarios determina la celebración del contrato respectivo.</i></p> <p><i>Lo antes señalado no resulta aplicable para aquellas propuestas realizadas con relación a servicios personalísimos o en las cuales la identidad, características o condiciones del destinatario resulten relevantes para la celebración del contrato respectivo.</i></p>
---	--

Fuente. Código Civil y propuesta elaborada en función al análisis efectuado en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

1. Albaladejo, Manuel (2004) *Compendio de Derecho Civil*. Madrid, EDISOFER S.L., Décimo Segunda Edición.
2. Alessandri Rodríguez, Arturo (2011) *De los contratos*. Santiago de Chile. Editorial Temis S.A. – Editorial Jurídica de Chile.
3. Alpa, Guido (2004) *Derecho del Consumidor*. Lima, Gaceta Jurídica.
4. Alterini, Atilio Aníbal y López Cabaña, Roberto (1993) *Reformas al Código Civil. Contratos: Parte General*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, tomo 5.
5. Alzamora Valdez, Mario (1987) *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Décima Edición.
6. Aparicio y Gómez Sánchez, Germán (1940) *Código Civil (concordancias)*. Lima, Imprenta Americana, Segunda Edición.
7. Aramayo Baella, Abelardo y otros (2013) *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi.
8. Arias-Schreiber Pezet, Max (2006) *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, Gaceta Jurídica, tomo I (Contratos Parte General. Contratos Nominados).

9. Atoche, Paola (2007) *Precedentes de Observancia Obligatoria del INDECOPI*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
10. Autores Varios (2000) *Contrato y Mercado*. Lima, Gaceta Jurídica.
11. Autores Varios. *Estudios sobre el Contrato en General*. Lima, ARA Editores E.I.R.L., Segunda Edición.
12. Baca Oneto, Víctor Sebastián (2013) *Protección al Consumidor*. Lima, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi.
13. Barona Vilar, Silvia (1999) *Competencia Desleal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, Segunda Edición.
14. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director) (2009) *Tratado del Contrato*. Valencia, Tirant Lo Blanch, tomo I.
15. Borda, Manuel (1987) *Manual de Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Segunda Edición.
16. Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel (1999) *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*. Madrid, Mc Graw Hill.
17. Bueres, Alberto J. y Elena I. Highton (Dirección y coordinación) (2008) *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., Tomo 3B.
18. Bullard González, Alfredo (2003) *Derecho y Economía*. Lima, Editorial Palestra.

19. Bullard Gonzáles, Alfredo (2009) *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Palestra Editores, Segunda Edición.
20. Bullard, Alfredo y Fernández, Gastón (editores) (1997) *Derecho Civil Patrimonial*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
21. Busto Lago, José Manuel y otros (2005) *Reclamaciones de Consumo*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi.
22. Bourgoignie, Thierry (1994) *Elementos para una teoría del derecho de consumo*. Victoria, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco.
23. Cabanellas de Torres, Guillermo (1998) *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Heliasta Editores.
24. Calle Casusol, Jean Paul (2002) *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima, Ara Editores.
25. Castillo Freyre, Mario (1998) *Tentaciones Académicas*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo II.
26. Cornejo, A. Gustavo (1939) *Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario*. Lima, Librería e Imprenta Gil S.A.
27. De la Lama, Miguel Antonio (1920) *Código Civil Anotado y Concordado*. Lima, Librería e Imprenta Gil, Quinta Edición.
28. De la Puente y Lavalle, Manuel (2003) *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima, Palestra Editores, Segunda Edición.

29. De Martino, Vittorio (1969) *Codice Civile*. Roma, Jandi Sapi Editori, Quinta Edición.
30. Díez-Picazo, Luis (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, Editorial Civitas, Quinta Edición, tomo I.
31. Durand Carrión, Julio (2006) *Derecho del Consumidor*. Lima, Editorial Cultural Cuzco.
32. Durand Carrión, Julio (2007) *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Lima, Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
33. Enneccerus, Ludwig (1954) *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, tomo II.
34. Espinoza Espinoza, Juan (2006) *Derecho de los Consumidores*. Lima, Editorial Rodhas.
35. Espinoza Espinoza, Juan (curador) (2004) *Ley de Protección al Consumidor*. Lima, Editorial Rodhas.
36. Espinoza Espinoza, Juan y Pierino Stucchi López Raygada (curadores) *Normas de la Publicidad*. Lima, Editorial Rodhas.
37. Farina, Juan (2011) *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires, Editorial Astrea, Cuarta Edición.
38. Fernández-Novoa, Carlos (1989) *Estudios de derecho de la publicidad*. Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela.

39. Ferri, Luigi (2004) *Lecciones sobre el contrato*. Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
40. Gaceta Jurídica (2004) *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima, Gaceta Jurídica, tomo VII (Contratos en general).
41. Gaceta Jurídica (2005) *Interpretaciones Fundamentales sobre el Régimen Económico Constitucional*. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
42. Gaceta Jurídica y Tribunal Constitucional del Perú (2006) *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Editorial Gaceta Jurídica.
43. Gastaldi, José María (1997) *Contratos I*. Buenos aires, Editorial Abeledo-Perrot.
44. Gutierrez Camacho, Walter (Editor) *La Constitución Comentada*. Lima, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, tomo II.
45. Guzmán Ferrer, Fernando (1977) *Código Civil*. Lima, Editorial Universo, tomo IV.
46. Herrera Paulsen, Darío y Godenzi Alegre, Jorge (1999) *Derecho Romano*. Lima, Gráfica Horizonte S.A.
47. Jossérand, Louis (1950) *Derecho Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo II.
48. Kresalja, Baldo y César Ochoa (2009) *Derecho Constitucional Económico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

49. Lacruz Berdejo, José Luis (2002) *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Madrid, Dykinson, Tercera Edición.
50. Lafaille, Héctor (1927) *Curso de Contratos*. Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina.
51. Lafaille, Héctor (1953) *Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires, Ediar S.A. Editores.
52. Larroumet, Christian (1993) *Teoría General del Contrato*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A.
53. Lasarte, Carlos (2006) *Contratos. Principios de Derecho Civil III*. Barcelona, Editorial Marcial Pons, Novena Edición.
54. Lasarte, Carlos (2003) *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. Madrid, Dykinson.
55. León Barandiarán, José (1992) *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Lima, Walter Gutiérrez (editor), tomo IV.
56. Lema Devesa, Carlos (2007) *Problemas Jurídicos de la Publicidad*. Madrid, Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
57. López Santa María, Jorge (1998) *Los Contratos, Parte General*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición.
58. Lorenzetti, Ricardo Luis (2009) *Consumidores*. Santa. Fe. Rubinzal Culzoni Editora, Segunda Edición.

59. Lorenzetti, Ricardo Luis (2007) *Tratado de los contratos*. Santa Fe, Segunda Edición, Rubinzal Culzoni Editores, tomo I.
60. Mankiw, Nicholas Gregory (2002) *Principios de Economía*. Madrid, Mc Graw-Hill, Segunda Edición.
61. Massaguer, José (1999) *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, Civitas Ediciones S.L.
62. Messineo, Francesco (1971) *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo IV.
63. Miranda Canales, Manuel (1988) *Derecho de los Contratos*. Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.
64. Montoya Manfredi, Ulises y otros (2004) *Derecho Comercial*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
65. Morales Hervias, Rómulo (2006) *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
66. Normas Legales (editor) (2006) *Protección al Consumidor*. Trujillo, Normas Legales.
67. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo (2014) *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., Séptima Edición.
68. Palacio Pimentel, H. Gustavo (2000) *Manual de Derecho Civil*. Lima, Editorial Huallaga E.I.R.L., Tercera Edición, tomo II.

69. Pasquel, Enrique y otros (compiladores) *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
70. Planiol, Marcel y Ripert, Georges (1946) *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana, Cultural S.A., tomo sexto.
71. Revoredo de Debaquey (Compiladora) (1988) *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima, Parte III, Tomo V, Segunda Edición.
72. Reyes López, José (1999) *Derecho de Consumo*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
73. Rinesi, Antonio Juan (2006) *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
74. Rubio Correa, Marcial (2005) *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
75. Rusconi, Dante D. (Coordinador) *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
76. Scognamiglio, Renato (1996) *Teoría General del Contrato*. Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición.
77. Soto Coaguila, Carlos Alberto (2005) *Transformación del Derecho de los Contratos*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
78. Soto Gamboa, María de los Ángeles (1986) *Nociones Básicas de Derecho*. San José, Editorial EUNED, Segunda Edición.

79. Stiglitz, Rubén (director) (1994) *Contratos. Teoría General*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, tomo I.
80. Stiglitz, Rubén S. y Gabriel A. Stiglitz (2012) *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Buenos Aires, Editorial La Ley, Segunda Edición.
81. Súmar Albújar, Oscar y Luis Miguel Velarde Saffer (2015) *Contratos: Teoría y Práctica. Aportes del derecho comparado*. Lima, Universidad de Pacífico.
82. Súmar, Óscar (Editor) *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico.
83. Sumar, Oscar y Julio Avellaneda (2012) *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico.
84. Torres Vásquez, Aníbal (2008) *Diccionario de Jurisprudencia Civil*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
85. Vega Mere, Yuri (1998) *Consumidor, contrato y sociedad postindustrial*. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
86. Vega Mere, Yuri (2001) *Contratos de Consumo*. Lima, Editora Jurídica Grijley.
87. Vidal Ramírez, Fernando (2000) *El Acto Jurídico*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., Quinta Edición.
88. Weingarten, Celia (2004) *Derechos en expectativa del consumidor*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

89. Weingarten, Celia y Carlos Gherzi (2011) *Manual de los Derechos de los Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires, Editorial La Ley.

2. Artículos de revistas

1. Amado, José Daniel (1988) Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico. En *Themis Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica, N° 10.
2. Amaya Ayala, Leoni Raúl (2007) La interpretación más desfavorable al consumidor. En *Revista Crítica de Derecho Privado*. Lima, Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”, N° 1.
3. Ariño Ortiz, Gaspar (2006) Logros y fracasos de la regulación. En *Themis. Revista de Derecho*. Lima, Asociación Civil Themis, N° 52.
4. Benavides Torres, Eduardo (1993) La oferta y la defensa del consumidor. En *Ius et Veritas*, Lima, N° 06.
5. Cárdenas Rodríguez, Luis (2007) Irrevocabilidad de la oferta contractual y revocabilidad limitada. En *Revista Crítica de Derecho Privado*, Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”, N° 1.
6. Ceballos Rosales, María Victoria y Fabricio Marvilla Fraga de Mesquita. (2012) Prismas del tratamiento del derecho del consumidor en la normativa brasileña y la legislación peruana. En *Revista Jurídica del Perú*, Gaceta Jurídica, tomo 141.
7. De Trazegnies Granda, Fernando (2014) El Código Civil de 1941: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas.

8. Díez-Picazo, Luis (2004) Contrato y libertad contractual. En *Themis Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica, N° 49.
9. Forno Flórez, Hugo (2014) Los efectos de la oferta contractual. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas.
10. Granados Aristizábal, Juan Ignacio (2013) Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que se ellas emana al contenido del contrato con el consumidor. En *Revista E-Mercatoria*. Universidad Externado de Colombia), Volumen 12, Número 1.
11. Montoya Alberti, Hernando (1997) El Estatuto del Consumidor. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima.
12. Muñoz de Cárdenas, Antonio (2004) Toda regla tiene su excepción. Apuntes sobre la relación de consumo y los ofrecimientos publicitarios. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., N° 74, año 10.
13. Pérez-Serrabona González, Francisco Javier (2014) Los cambios producidos en la contratación con declaraciones de voluntad no simultáneas: un análisis desde el punto de vista de la evolución del ordenamiento jurídico español. En *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, N° 128.
14. Saavedra Velazco, Renzo (2014) Límites constitucionales a la autonomía privada: La (supuesta) santidad de los contratos bajo el tamiz de la comparación jurídica. En *Estudios de Derecho Contractual*. Asociación Civil Ius Et Veritas.
15. Segura Riveiro, Francisco (2006) Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación. En *Temas de Contratos. Cuadernos de Análisis Jurídicos*.

Colección de Derecho Privado III. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales.

16. Taboada Córdova, Lizardo (2014) El consentimiento y la declaración de voluntad en la doctrina general del contrato. En *Estudios de Derecho Contractual*, Asociación Civil Ius Et Veritas.
17. Tovar Mena, Teresa (2009) El proveedor en las relaciones de consumo. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 131.
18. Vega Mere, Yuri (1997) Oferta, Información y Consumidor. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima.

3. Artículos de páginas web

1. Lima Marques, Claudia (2001) “*La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*”, p. 3. Extraído de: https://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf
2. Lima Marques, Claudia (2006) “*Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil. Parte II –Art. 1 y Art. 5.*”, p. 14. Extraído de: https://www.oas.org/dil/esp/art3ciddipespanhol4-env_lima_marques.pdf

4. Tesis

1. Durany Pich, Salvador (1993) *La Formación del contrato*. Tesis doctoral. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, p. 228. (<http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7316/TSDP2de4.pdf?sequence=2>)
2. Rubí Puig, Antoni (2007) *Publicidad Comercial y Libertad de expresión*. Tesis doctoral. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1299492>).